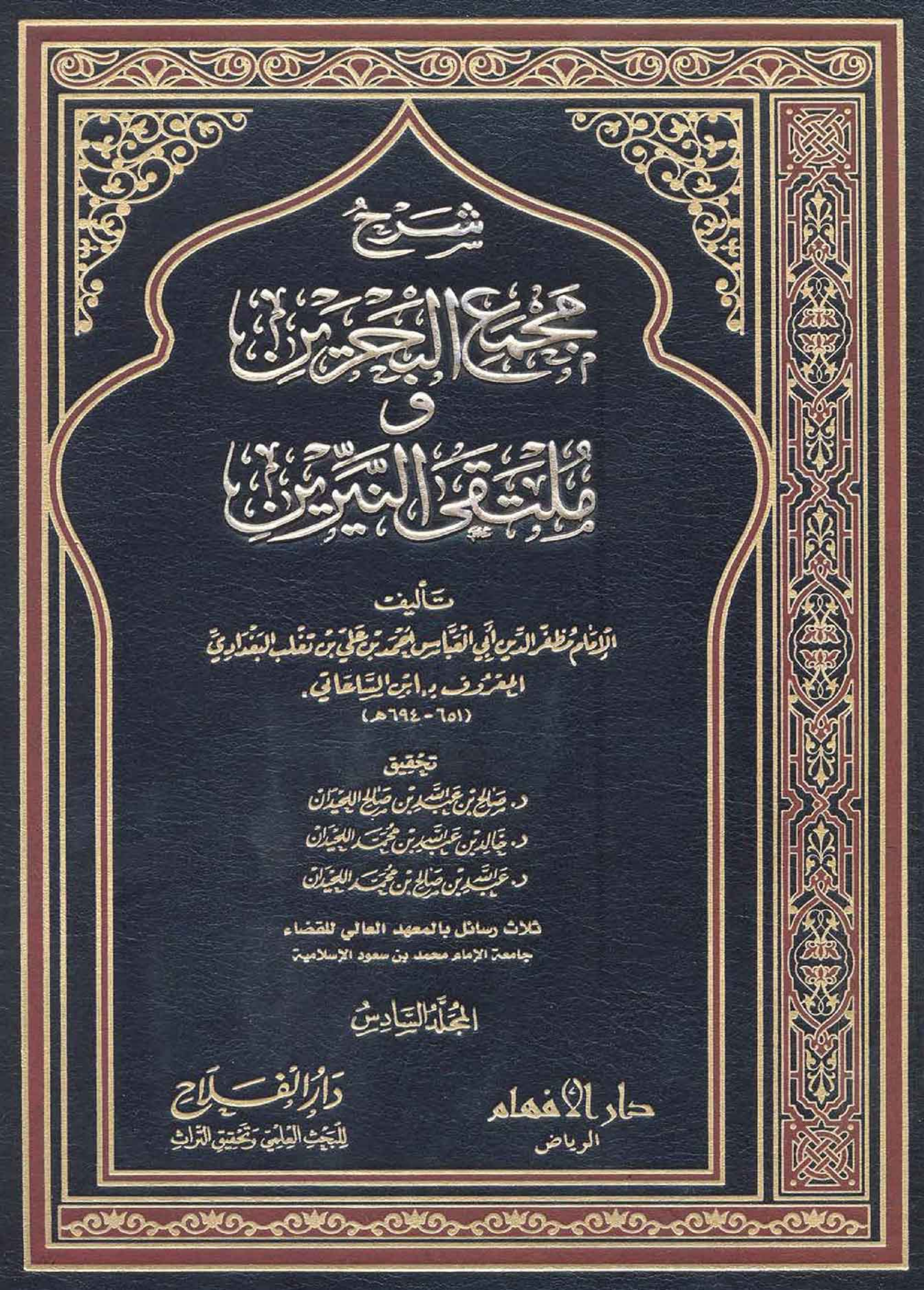


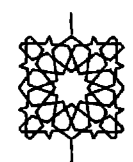
شرح
مجمع البحرين
و
ملتقى النيرين
تأليف
الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف بـ ابن الساعاتي
(٦٥١ - ٦٩٤هـ)
تحقيق
د. صالح بن عبدالله بن صالح اللحيدان
د. خالد بن عبدالله بن محمد اللحيدان
د. عبدالله بن صالح بن محمد اللحيدان
ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلد السادس
دار الفلاح
للبحث العلمي وتحقيق التراث
دار الأفهام
الرياض



٦




بسم الله الرحمن الرحيم

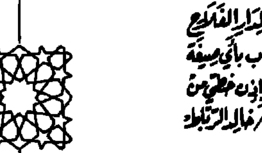


الطبعة الأولى
١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

شرح
مجمع البحرين
و
ملتقى النيرين

أشرف على إخراجه

خالد محمود الرباط



رقم الإيداع بدار الكتب
2015/25661







دار الفلاح

للبحث العلمي وتحقيق التراث

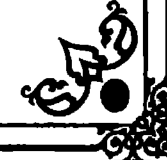
١٨ شارع [illegible] - [illegible] - الفيوم

ت ٠١٠٠٠٠٥٩٢٠٠

Kh_rbat@hotmail.com

واتس 01123519722 002





تأليف

الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف بـ«ابن الساعاتي»
(٦٥١ - ٦٩٤هـ)

تحقيق

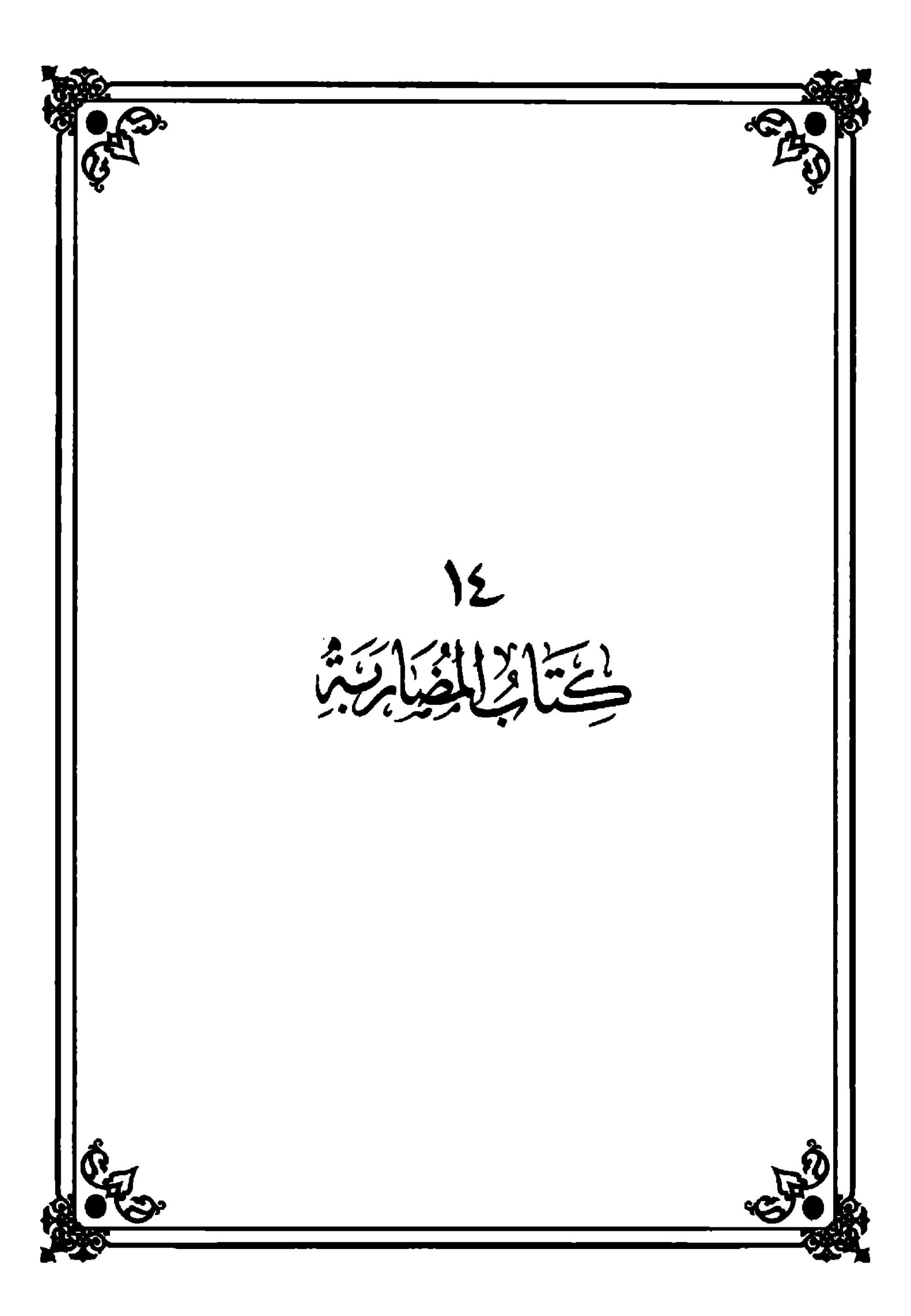
صالح بن عبد الله بن صالح اللحيدان
خالد بن عبد الله بن محمد اللحيدان
عبد الله بن صالح بن محمد اللحيدان

ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المجلد السادس

دار الفلاح
للبحث العلمي وتحقيق التراث
ت ٠٠٢٠١٠٠٠٠٥٩٢٠٠


بسم الله الرحمن الرحيم



١٤
كِتَابُ المُضَارَبَةِ

كتاب المضاربة[١]

تعريف المضاربة ومشروعيتها

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض[٢]، وإنما سميت بذلك؛ لأن المضارب يستحق الربح بعمله، وسعيه. وهي[٣] مشروعة؛ لمساس الحاجة إلىٰ شرعيتها، فكم من موسر لا علم له بوجه التصرف في المال، وعالم بالتصرف ليس له[٤] مال يتصرف فيه، فكان في شرعية هٰذا العقد تحصيل مصلحة كل واحد منهما[٥].

---

(١) **المُضَارَبةُ لغةً**: مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير فيها، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠]. وسميت بذلك؛ لأن المضارب يضرب في الأرض غالبًا للتجارة طالبًا للربح .
ينظر في معناها لغة: «الصحاح» ١/ ١٦٨، و«طلبة الطلبة» ص٣٠١، و«لسان العرب» ٢/ ٥٢٠، مادة (ضرب) و«المصباح المنير» ٢/ ٣٥٩، مادة (ضرب) و«أنيس الفقهاء» ص٢٤٧، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٦٦٠.
والمضاربة اْصطلاحًا: عقد يتضمن دفع مال، وما في معناه، معين معلوم قدره، إلىٰ من يتجر فيه، بجزء مشاع معلوم من ربحه.
«الدر المختار علىٰ شرح تنوير الأبصار» ٥/ ٦٤٥، والمنهاج مع شرحه: «نهاية المحتاج» ٥/ ٢٢٠، و«غاية البيان» ص٢٢٠، و«المغني» ٥/ ٢٦، و«شرح منتهى الإرادات» ٢/ ٣٢٧، و«كشاف القناع» ٣/ ٥٠٧-٥٠٨.

(٢) «طلبة الطلبة» ص٣٠١.

(٣) في (أ): (وهو مشروع) بدلًا من (وهي مشروعة).

(٤) في (ب، ج): (لا مال له) بدلًا من (ليس له مال).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٧٩، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و«الاختيار» ٣/ ١٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢١.

وبعث رسول الله، والناس يباشرونه، فقررهم[1] عليه[2].

(١) في (ج): (فقرهم) بدل (فقررهم).

(٢) ورد في مشروعية المضاربة آثار منها:

أ- ما أخرجه مالك في «الموطأ» ٢/ ٦٨٧-٦٨٨، رقم(١) كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، والشافي في «مسنده» ٢/ ٣٥٧، رقم (٥٩٤) كتاب القراض، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ١١٠-١١١، كتاب القراض (من قصة عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب ﷺ عندما أسلفهما أبو موسى الأشعري مالًا؛ ليبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم يبيعانه بالمدينة، ويؤديان رأس المال إلىٰ أمير المؤمنين، ويكون الربح لهما، فلما قدما باعا، فأربحا، فقال عمر: أديا المال وربحه، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضًا، فقال عمر: قد جعلته قراضًا، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال).

قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ٣/ ٥٧: (إسناده صحيح).

وقال الأثري في «شفاء العي» ٢/ ٣٥٧: (موقوف، صحيح السند).

ب- ما أخرجه مالك في «الموطأ» ٢/ ٦٨٨، رقم (٢) كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ١١١، كتاب القراض: أن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن جده: (أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضًا يعمل فيه علىٰ أن الربح بينهما).

قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٧٤: (هٰذا صحيح عنه).

ج- ما أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٦/ ٣٧٧، رقم (١٤٠٩) كتاب البيوع والأقضية، باب في مال اليتيم يدفع مضاربة، عن عبد الله بن حميد بن عبيد الله، عن أبيه، عن جده: (أن عمر دفع إليه مال يتيم مضاربة).

د- ما أخرجه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ١١١، كتاب القراض: (أن ابن عمر كان يكون عنده مال اليتيم فيزكيه، ويعطيه مضاربة، ويستقرض فيه).

هـ- ما أخرجه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ١١١، كتاب القراض: (عن حكيم ابن حزام أنه كان يدفع المال مضاربة إلى الرجل، ويشترط عليه ألا يمر به بطن واد ولا يبتاع به حيوانًا، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئا من ذلك فقد ضمن ذلك المال).

وكان العباس رضي الله عنه يدفع ماله مضاربة، ويشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرًا، ولا ينزل به واديًا، ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبةٍ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فأجاز شرطه(١).

وتعامل بها الصحابة رضي الله عنهم(٢)، فكان ذلك إجماعًا على الجواز(٣).

قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٧٥: (سنده صحيح إلى حكيم بن حزام)، وقال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ٣/ ٥٨: (رواه البيهقي بسند قوي).

أما ما ورد من تقرير النبي ﷺ للصحابة، فقد قال ابن المنذر في «الإشراف على مذاهب أهل العلم» ١/ ٩٧: (لم نجد للقراض في كتاب الله ﷻ ذكرًا، ولا في سنة نبي الله ﷺ ،ووجد أهل العلم قد أجمعوا على إجازة القراض بالدنانير والدراهم)، وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨١: (قوله: أن النبي ﷺ بعث والناس يتعاملون بالمضاربة، فقررهم عليها، لم أجده).

وقال ابن حزم في «مراتب الإجماع» ص٩١-٩٢: (كل أبواب الفقه ليس منها باب إلّا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ولله الحمد، حاشا القِراض، فما وجدنا له أصلًا فيهما ألبتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي ﷺ وعلمه فأقرهن ولولا ذلك ما جاز).

(١) رواه الدارقطني في «سننه» ٣/ ٧٨، رقم (٢٩٠) كتاب البيوع، وقال: فيه أبو الجارود، ضعيف. ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» ٦/ ١١١، كتاب القراض، وقال: تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر، وهو كوفي، كذبه يحيى بن معين، وضعفه الباقون.

قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٧٥: (في إسناده أبو الجارود -زياد بن المنذر، وهو كذاب من غلاة الروافض، وإليه نسبة الفرقة الجارودية).

(٢) ينظر الآثار المذكورة عن الصحابة رضي الله عنهم أعلاه.

(٣) «المبسوط» ٢٢/ ٢١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٧٩، و«الموطأ» ٢/ ٦٨٩، و«المدونة» ٤/ ٤٧، و«الإجماع» لابن المنذر ص١٢٤، و«الإشراف على مذاهب أهل العلم» ١/ ٩٧، و«دلائل الأحكام» ٣/ ٤٣٧، و«تكملة المجموع» ١٣/ ٤١١، و«الإفصاح» ٢/ ٧، و«المغني» ٥/ ٢٦.

اشتراط كل الربح للعامل أو لرب المال في المضاربة

قال: (وتعقد على الشركة في الربح بمال من أحدهما، وعمل من المضارب، فإن شرط كله للعامل كان قرضا، أو لرب المال كان بضاعة).

عقد المضاربة: هو عقد على الشركة في الربح، والربح يستحق بالمال من طرف رب المال، وبالعمل من طرف المضارب، فإذا لم تتحقق الشركة في الربح خرج العقد عن أن يكون مضاربة، ويكون إما قرضًا أو بضاعة[1]، فإن [جـ/ ٢٨٥أ] شرط الربح كله للمضارب كان المال قرضًا، وإن شرط لرب المال كان[2] بضاعة[3].

وقوله: (وعمل من المضارب) فما بعده من الزوائد.

---

(١) البِضَاعَةُ-بكسر الباء: القطعة من المال تعد للتجارة، يقال: أستبضعت الشيء، جعلته بضاعة لنفسي، وابضعته غيري، جعلته له بضاعة، فإذا قال رب المال للعامل: خذه واتجر به، والربح كله لي، فهو إبضاع.
ن«تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢١٥، و« المطلع على أبواب المقنع» ص٢٦١، و«المصباح المنير» ١/ ٥١، مادة (بضع) و«التوقيف على مهمات التعاريف» ص١٣٣، و«المعجم الوسيط» ١/ ٦٠، مادة (بضع).

(٢) لفظ: (كان) غير موجود في (ج).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٣١، و«المبسوط» ٢٢/ ١٨، و«الهداية) ٣/ ٢٠٢، و«الاختيار» ٣/ ١٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٤.

أحوال المضارب وصفته في كل حالة

قال: (وإذا قبض المال كان أمينًا، فإذا تصرف كان وكيلًا، فإذا ربح صار شريكًا، فإن فسدت كان أجيرًا، وإن خالف كان غاصبًا).

هٰذِه الجملة من الزوائد، وهي أحوال المضارب. فهو في أول أمره أمين، والمال[1] المدفوع إليه أمانة في يده؛ لأنه قبضه بأمر مالكه لا علىٰ وجه البدل والوثيقة، ثم يكون بالتصرف وكيلًا؛ لأن التصرف فيه مضاف إلىٰ أمر المالك وإذنه، ثم يكون شريكا في الربح إذا ربح فيه؛ لاستحقاقه جزءًا من الربح بواسطة العمل، ثم هٰذا العقد فيه معنىٰ يزيد على الشركة لا يوجد فيها، وهو معنى الإجارة؛ فإن المضارب عاملٌ لرب المال في ماله، فيصير ما شرط له من الربح كالأجرة على العمل، فإذا فسدت المضاربة ظهر معنى الإجارة، حتى ٱستوجب[2] أجر المثل، بخلاف الشركة؛ حيث لا يستحق الشريك شيئًا سوى الربح المشروط في العقد، وإن خالف ما شرط له رب المال كان غاصبًا؛ لوجود التعدي منه علىٰ مال غيره[3].

---

(1) في (ج): (المال) بدل (والمال).

(2) في (ج): (استؤجر) بدل (حتى ٱستوجب).

(3) «المبسوط» ٢٢/ ١٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٨٧-٨٨، و(الاختيار) ٣/ ١٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٣، و(مجمع الأنهر) ٢/ ٢٢١، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٤.

ما تصح به المضاربة

قال: (ولا تصح إلَّا بما تصح به الشركة)[(١)].

وقد مر بيان ذلك[(٢)].

المضاربة بثمن العرض، وبالدين

قال: (ولو قال: بع هٰذا العرض واعمل في ثمنه، أو اْقبض مالي علىٰ فلان واعمل به، جاز، لا بالدين[(٣)] الذي عليك).

هٰذِه ثلاثة مسائل، وهي من الزوائد:

الأولىٰ: إذا قال له: خذ هٰذا العرض فبعه واعمل مضاربة في ثمنه، يجوز؛ لأن عقد المضاربة قابلٌ للإضافة إلى الزمان المستقبل؛ لتضمنه معنى الوديعة والإجارة والوكالة، [١٨٩/أب] وليس فيها ما يمنع من صحة الإضافة إلى المستقبل، فجازت المضاربة؛ لأنها مضافة إلى الثمن دون العرض[(٤)].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٣١، و«المبسوط» ٢٢/ ٢١، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٠، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١١، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٤.

(٢) ينظر ص١٥٠٥.

(٣) في (ج): (لأن الدين) بدل (لا بالدين).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٨٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦٣-٢٦٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٢.

وثانيها: إذا قال له: اقبض مالي على فلان من الدين، ثم تصرف فيه مضاربة، جاز ذلك؛ لهذه العلة[١] بعينها[٢].

وثالثها: إذا قال له[٣]: اعمل مضاربة بالدين الذي لي في ذمتك، لم تصح، فإن اشترى وباع، فجميع[٤] ذلك للمشتري، والدين في ذمته بماله عن أبي حنيفة[٥] رضي الله عنه.

وعندهما: لا تصح[٦] المضاربة أيضًا، لكن المشتري يقع للآمر[٧]؛ وهذا بناء على أصل، وهو: أن التوكيل[٨] بالشراء بماله لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما يصح[٩]، هما يقولان: إن[١٠] الدراهم المعينة لا تتعين بالتعيين في العقد، فالأولى أن لا يتعين الدين، وإذا لم يتعين كان الأمر بالشراء مطلقًا، فصح[١١] الأمر، ثم أمره أن ينقد ما عليه من الثمن، فكان جائزًا.

---

(١) في (ج): (تعينها) بدل (بعينها).

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) لفظ: (له) غير موجود في (ج).

(٤) في (ب): (بجميع) بدل (فجميع).

(٥) «المبسوط» ٢٢/ ٢٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٨٣، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و(تبيين الحقائق» ٥/ ٥٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٣/ب.

(٦) (يصح) بدل (تصح).

(٧) ينظر المراجع السابقة.

(٨) في (أ): (لوكيل) بدل (التوكيل).

(٩) ينظر المراجع السابقة.

(١٠) لفظ: (إن) غير موجود في (أ، ج).

(١١) في (ب): (فيصح) بدل (فصح).

وهو يقول: إن الدراهم وإن[1] لم تتعين [ب/٢١٢ب] في الشراء لكنها تتعين في الوكالة، فإذا[2] أمره بالشراء بها وهي دين، فقد أمره بما لا يتصور، فلم يصح الأمر أصلًا ،فوقع الشراء للمأمور، وإنما لم تصح المضاربة علىٰ قولهما؛ لأن الشراء وقع للموكل، فتصير المضاربة بعد ذلك [جـ/٢٨٦ب] مضاربة في العروض، فلا تصح[3].

اشتراط شيوع الربح لصحة المضاربة

قال: (ويشترط شيوع الربح، فلو شرط لأحدهما دراهم مسماة، فسدت).

شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعًا، فلو شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح، فسدت المضاربة؛ لأن ٱشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما، والمضاربة عقد على الشركة في الربح[4].

---

(١) لفظ: (وإن) غير موجود في (أ).

(٢) في (أ): (فأما إذا) بدل (فإذا).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٨٣، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٣/ب.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٨٣، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٣.

أثر المضاربة الفاسدة

قال: (فيكون الربح لرب المال، والمال أمانة، وللمضارب أجر مثله، فحيكم به[١] إن ربح، ويمنع مجاوزة المشروط، وخالفه فيهما[٢]).

أما أن الربح كله يكون لرب المال في المضاربة؛ فلأن الربح نماء ملكه، وإنما يشاركه في الربح بالعقد الصحيح، وإنما يجب أجر مثله؛ لأنه عامل لرب المال بإذنه، واستحقاقه الربح بالشرط[٣] فإذا لم يصح الشرط بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد، فيجب أجر المثل، وإنما يكون المال في يده أمانة، حتىٰ إذا هلك لم يضمن، اعتبارًا بالمضاربة الصحيحة[٤].

وروي عن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، أنه يضمن[٥].

قال في «الإيضاح»: ويحتمل أن يكون ما ذكره في «الأصل»[٦] مطلقًا، قول أبو حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ خاصة من قبل أن المضاربة إذا لم تصح استحق الأجر،

---

(١) لفظ: (به) غير موجود في (ج).

(٢) في (أ): (فيها) بدل (فيهما).

(٣) من قوله: (وإنما يجب أجر مثله) إلىٰ قوله: (واستحقاقه الربح بالشرط) غير موجود في (ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١٢٤-١٢٥، و«المبسوط» ٢٢/٢٢، و«بدائع الصنائع» ١٠٨/٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٢-٢٠٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٦.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) نقل ذلك عن «الأصل» السمرقنديُّ في «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٦، والمرغياني في «الهداية» ٣/ ٢٠٣، والزيلعي في «تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥.

فيصير بمنزلة الأجير[١] المشترك[٢]، فلا يضمن ما هلك في يده عنده[٣]، خلافًا لهما[٤].

وأما ما يتفرع علىٰ ذلك من الخلاف فذكر مسألتين:

إحداهما[٥]: أن أبا يوسف ﷺ أنه إذا لم يربح المضارب في المضاربة الفاسدة شيئا فلا أجر له؛ ٱعتبارًا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها[٦].

وعند محمد ﷺ، وهي رواية «الأصل»[٧]: له أَجْرُهُ؛ لأن الأجرة تستحق بتسليم المنافع أو العمل، وقد وجد[٨].

وثانيتهما[٩]: أن المضارب له أجر مثله، لا يتجاوز به المسمىٰ من الربح.

وعند محمد ﷺ: له أَجْرُه بالغًا ما بلغ؛ لأنه تعذر تقديره بالمقدار المسمىٰ من الربح؛ للجهالة المتفاحشة[١٠]، فبطلت التسمية في حق

---

(١) في (ج): (الأجر) بدل (الأجير).

(٢) لفظ: (المشترك) غير موجود في (أ).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٢٥، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٤/ ٦٥، و«المبسوط» ٢٢/ ٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٦.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (ج): (أحدهما) بدل (إحداهما).

(٦) «عيون السمائل» ٢/ ٣٩٦، و«المبسوط» ٢٢/ ٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٦.

(٧) نقل رواية «الأصل» أبو الليث السمرقندي في «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٦، والمرغياني في «الهداية» ٣/ ٢٠٣، والزيلعي في «تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥.

(٨) «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٦، و«المبسوط» ٢٢/ ٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٦.

(٩) في (ج): (ثانيهما) بدل (ثانيتهما).

(١٠) في (أ): (الفاحشة) بدل (المتفاحشة).

المقدار، وبقي كأنه قال: ٱستأجرتك علىٰ عمل كذا، فيجب أجره بالغًا ما بلغ.

ولأبي يوسف: أنه رضي به، وإن كان مجهولًا في الحال لكنه بعُرْضية أن يصير معلومًا عند حصول الربح، فيقدر به لمكان[١] التراضي، كما يقدر في عامة الإجارات الفاسدة، وكل شرط يوجب جهالة في الربح تفسد[٢] به المضاربة؛ لأن المقصود هو الشركة فيه، فإذا أوجب الشرط جهالة فيه فقد ٱختل المقصود، وما لا يوجب ذلك من الشروط الفاسدة يبطل الشرط، ولا يفسد المضاربة، كاشتراط الوضيعة على المضارب[٣].

اشتراط تسليم المال إلى المضارب

قال: (ويشترط التسليم إلى المضارب).

إنما شرط التسليم إلى المضارب[٤]، بحيث لا يكون لرب المال يدٌ في المال؛ لأن المال في يده أمانة، فلابد من التسليم إليه.

وهٰذا بخلاف الشركة؛ لأن عقد المضاربة المال فيه من جانب، والعمل من آخر، فوجب خلوص المال للعامل؛ ليتمكن من العمل[٥]،

---

(١) في (ج): (في المكان) بدل (لمكان).

(٢) في (ج): (يفسد) بالياء المثناة من تحت بدل (تفسد).

(٣) «المبسوط» ٢٢/ ٢٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٥، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٦.

(٤) عبارة: (إنما شرط التسليم إلى المضارب) غير موجودة في (أ).

(٥) من قوله: (لأن عقد المضاربة المال فيه ...) إلىٰ قوله: (للعامل؛ ليتمكن من العمل) غير موجود في (ج).

وأما الشركة[١]، فالعمل فيها من الجانبين، فلو خلص المال فيها لأحدهما لم تنعقد[٢] الشركة[٣].

أنواع المضاربة، وما للمضارب من التصرفات في المضاربة المطلقة

قال: (وإذا أطلق المضاربة باع المضارب، واشترىٰ، ورهن[٤]، واسترهن، وأبضع، وأودع [جـ/١٢٨٧] ووكل، وسافر، وأجَّر، واستأجر).

المضاربة نوعان: خاصة، ومطلقة.

فإذا أطلق المضاربة كان للمضارب أن يبيع، ويشتري، ويرهن، ويسترهن، ويدفع مال المضاربة بضاعة، ويودعه، ويوكل فيه، ويسافر، ويؤجر، ويستأجر؛ لإطلاق العقد، ولما كان المقصود من هٰذا العقد حصول الربح، ولا يحصل إلَّا بالتجارة، ٱنتظم العقد أصناف التجارة ولوازمها[٥]، وما ٱعتاده التجار[٦]، فدخل البيع والشراء؛ لضرورة

---

(١) عبارة: (وأما الشركة) غير موجودة في (جـ).

(٢) في (جـ): (ينعقد) بدل (تنعقد).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٨٤، و«الهداية» ٣/ ٢٠٣، و«الاختيار» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٣/ ب، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٥.

(٤) في (أ، جـ): (أرهن) بدل (رهن).

(٥) في (جـ): (لزمها) بدل (لوازمها).

(٦) في (جـ): (التجارة) بدل (التجار).

الٱسترباح، والرهن والاسترهان؛ لأنه إيفاء واستيفاء، والإبضاع والإيداع، والتوكيل، والسفر، والإجارة، والاستئجار [١٩٠/أ] لأن ذلك من صنيع التجار، علىٰ أن المودع لما كان له(١) السفر، فلأن يكون للمضارب -مع أن ٱسمه ينبئ من الضرب في الأرض- أولىٰ(٢).

قال في «الهداية»: وعن أبي يوسف ﷺ: أنه ليس [ب/٢١٣أ] له أن يسافر، وعنه(٣) وعن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر؛ لأنه تعرض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلىٰ بلده؛ لأن ذلك هو المراد في الغالب، والظاهر ما ذكر في «الكتاب»(٤).

والإشارة إلى الرهن، والارتهان، والإيداع، والإجارة، والاستئجار من الزوائد(٥).

---

(١) في (ج): (كانه). بدل (لما كان له).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٢٥، و«المبسوط» ٣٩/٢٢، و«بدائع الصنائع» ٨٨/٦، و«الهداية» ٢٠٣/٣، و«الاختيار» ٢٠/٣، و«تبيين الحقائق» ٥٧/٥، ٥٨، و«اللباب في شرح الكتاب» ١٣٢/٢.

(٣) حرف (الواو) غير موجود في (أ).

(٤) ٢٠٣/٣، وينظر «مختصر الطحاوي» ص١٢، و«تبيين الحقائق» ٥٧/٥-٥٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٣/ب، و«اللباب في شرح الكتاب» ١٣٢/٢.

(٥) من قوله: (والظاهر ما ذكر في الكتاب...) إلىٰ قوله: (والإجارة والاستئجار من الزوائد) غير موجود في (أ).

تصرفات المضارب التي تحتاج إلى إذن، أو تفويض، والتي تحتاج إلى تنصيص

قال: (ولا يضارب إلَّا بإذن، أو تفويض، ولا يقرض، ولا يهب، ولا يتصدق، إلَّا بتنصيص).

المضارب ليس له أن يدفع المال مضاربة إلَّا أن ينص رب المال علىٰ ذلك، أو يفوض إليه التفويض العام، فيقول له: ٱعمل في هٰذا المال برأيك[١]. وهٰذا؛ لأن الشيء إنما يتضمن ما دونه، ولا يتضمن ما هو مثله، فبإطلاق المضاربة[٢] لا يتضمن ما هو مثلها إلَّا بالتنصيص عليه، أو بالتفويض إليه، ونظيره[٣] التوكيل؛ فإن الوكيل[٤] ليس له أن يوكل إلَّا بإذن فيه، أو تفويض بخلاف ما سبق من الإيداع، والإبضاع[٥]؛ لأن ذلك دون المضاربة، وبخلاف الإقراض؛ فإن المضارب ليس له الإقراض، وإن قيل له: ٱعمل برأيك؛ لأن الغرض من التفويض التعميم فيما هو من صنيع التجار في الاُسترباح، والإقراض تبرع، فصار كالهبة، والصدقة، وليس مما يحصل به الربح؛ لأن الزيادة على المقترض حرام، فلم يتضمنه الإطلاق.

والأصل في ذلك: أن ما يفعله المضارب أنواع ثلاثة:

فنوع يملكه بمطلق العقد، وهو ما يكون من باب المضاربة، وتوابعها، وهو ما ذكرنا من قبل.

---

(١) في (أ): (برأيك في هٰذا المال) بدل (في هٰذا المال برأيك) بتقديم وتأخير.
(٢) في (ج): (مضاربة) بالتنكير، بدل (المضاربة).
(٣) في (ج): (ويظهر) بدل (ونظيره). (٤) في (ج): (التوكيل) بدل (الوكيل).
(٥) في (ب): (الإبضاع والإيداع) بتقديم وتأخير.

ونوع لا يملكه إلَّا بالتفويض إليه؛ لأنه مما يمكن أن يلحق به عند وجود الدلالة عليه، كدفع المال مضاربة، أو شركة، وخلط مال المضاربة بمال نفسه[١]، أو بمال غيره؛ لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره، وهو أمر عارض، والتجارة لا تتوقف عليه، فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه لما كان جهة في تثمير[٢] المال أمكن إلحاقه به، فإذا قامت الدلالة [جـ/٢٨٧ب] وهو التنصيص عليه، أو التفويض جاز له فعله.

ونوع ثالث: لا يملكه بمطلق العقد ولا بالتفويض، بل لابد فيه من التنصيص عليه، وهو الٱستدانة، وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما ٱشترىٰ برأس المال، السلعة، وما أشبه ذلك؛ لأنه يصير المال زائدًا علىٰ ما ٱنعقدت عليه المضاربة، وهو لا يرضىٰ به ولا باشتغال ذمته بالدين، وإذا أذن له رب المال في الٱستدانة كان المشترىٰ بينهما نصفين؛ كشركة الوجوه، وكذا العتق بمال، وبغير مال، والكتابة؛ لأنه ليس بتجارة، وكذا الإقراض[٣]، والهبة، والصدقة؛ لأنه تبرع محض[٤].

وقوله: أو تفويض... إلىٰ آخره من الزوائد.

---

(١) في (ج): (وخلط مال بمال المضاربة بمال نفسه) بدل (وخلط مال المضاربة بمال نفسه).

(٢) في (ج): (تثمين) بدل (تثمير).

(٣) في (أ): (القرض) بدل (الإقراض).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٥-٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٣-٢٠٤، و«الاختيار» ٣/ ٢٠-٢١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٨-٥٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٣/ب، ١٥٤/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٤.

المضاربة الخاصة،

والمضارب إذا خالف المنصوص عليه

قال: (وإن خصها ببلدة، أو سلعة، أو مُعَامِل[١]، لم يتجاوز ذلك).

المضاربة الخاصة: أن يعين له رب المال التصرف في بلد بعينه، أو في سلعة بعينها، فإذا قيد بذلك لم يجز للمضارب[٢] أن يتعدىٰ ذلك، ولا يتجاوزه؛ لأن ذلك توكيل، وفي التخصيص فائدة، فيتخصص، وكذلك إذا قيدها بِمُعَامِلٍ، يبيع منه ويشتري؛ لأن في التقييد به فائدة، وهو كون ذلك المُعَامِل ثقة في المعاملة، بخلاف ما لو قال له: علىٰ أن تبيع من أهل الكوفة- مثلًا، أو دفع المال في الصرف علىٰ أن يشتري به من الصيارفة، حيث[٣] لا يتقيد بأهل الكوفة إذا باع فيها من غير الصيارفة؛ لأن فائدة القيد الأول راجعة إلى المكان، والثاني إلى النوع عرفًا لا فيما وراء ذلك[٤].

---

(١) المُعَامِل: هو الشخص الذي عينه رب المال للمضارب، بأن يتعامل معه بيعًا وشراءً، ونحو ذلك مما تحتاجه المضاربة.
«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٠، و«الاختيار» ٢/ ٢١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٥، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٦٢٨، مادة (عمل) و«معجم لغة الفقهاء» / ٤٠٨، مادة (معاملة).

(٢) في (ج): (للمضاربة) بدل (للمضارب).

(٣) لفظ: (حيث) غير موجود في (ج).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٩-١٠٠، و«الهداية» ٣/ ٢٠٤، و«الاختيار» ٣/ ٢١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٩-٦٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٥-٣٢٦.

ولو خرج المضارب من البلدة التي خصها، واشترىٰ، ضمن، وكان ذلك له، وله ربحه؛ لأنه تصرف فيه بغير أمره، ولو رجع علىٰ تلك البلدة قبل الشراء بريء من الضمان، كالمودع إذا وافق بعد الخلاف، ويرجع المال في يده مضاربة علىٰ حاله بالعقد السابق، وكذا لو رد بعضه، واشترىٰ ببعضه في [ب/٢١٣ب] المصر، فإنه يكون المردود والمشتري فيه على المضاربة[١]، وشرط الشراء بعد الإخراج رواية «الجامع الصغير»[٢]، ورواية المضاربة أنه يضمن بنفس الإخراج[٣][٤].

قال في «الهداية»: (والصحيح أن بالشراء يتقرر[٥] الضمان؛ لزوال ٱحتمال الرد إلى المصر، أما الضمان فبنفس الإخراج، وهٰذا؛ لأن المخالفة به، وإنما شرط الشراء؛ لتقرر الوجوب، لا لأصل الوجوب، ولو قال: علىٰ أن يشتري به في سوق الكوفة، لم يفد التقييد؛ لأن المصر كله كمكان واحد، إلَّا أن ينهاه عن العمل في غير السوق؛ لأن ذلك حجر، والولاية إليه، والتخصيص المقيد أن يقول: علىٰ أن تعمل كذا في موضع كذا، وخذ هٰذا المال تعمل به في الكوفة؛ لأنه تفسير له[٦]،

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٤، و«الاختيار» ٣/ ٢١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٩، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٦٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٥.

(٢) «الجامع الصغير» ص٤٢٥، وينظر المراجع السابقة.

(٣) قوله: (رواية الجامع الصغير، ورواية المضاربة أنه يضمن بنفس الإخراج) غير موجود في (ج).

(٤) نقل هٰذِه الرواية عن كتاب «المضاربة» لمحمد بن الحسن، المرغياني في «الهداية» ٣/ ٢٠٤، والشلبي في «حاشيته علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ٥٩، وينظر «الاختيار» ٢/ ٢١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٥.

(٥) في (ج): زيادة (بتقرير) بعد قوله: (يتقرر).

(٦) لفظ: (له) غير موجود في (أ).

أو[١]: خذ المال، فاعمل[٢] به في الكوفة؛ لأن الفاء للوصول والتعقيب، وخذه بالنصف في الكوفة؛ لأن الباء للإلصاق، بخلاف: خذه، واعمل به في الكوفة[٣]؛ لأن الواو للعطف؛ فكان[٤] بمنزلة المشورة[٥][٦].

والإشارة إلى المُعَامِل من الزوائد.

بطلان المضاربة بمضي المدة المحددة لها.

قال: (أو بمدة بطلت بمضيها).

لأن ذلك [أ/١٩٠ب] توكيل، فيتوقف [جـ/٢٨٨أ] بما وقته به الموكل، والتقييد بالزمان مفيد، كالتقييد بالنوع والمكان[٧].

---

(١) في (ج): (و) بدل (أو).

(٢) في (ج): (واعمل) بدل (فاعمل).

(٣) من قول: (لأن الفاء للوصل والتعقيب) إلىٰ قوله: (واعمل به في الكوفة) غير موجود في (أ).

(٤) في (ج): (وكان) بدل (فكان).

(٥) في (ج): (المشهورة) بدل (المشورة).

(٦) ٣/ ٢٠٤. وينظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٠، و«الاختيار» ٣/ ٢١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٩-٦٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٦.

(٧) «مختصر اختلاف العلماء» ٤/ ٤٠، و«الكتاب» ٢/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٢١، و«تبيين الحقائق) ٥/ ٦٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٢.

تزويج المضارب العبد والأمة من مال المضاربة

قال: (ولا يزوج عبدًا ولا أمة).

يعني: من مال المضاربة[١]، وعن أبي يوسف ﷺ جواز تزويج الأمة[٢]؛ نظرًا إلىٰ أنه من باب الاكتساب باعتبار سقوط النفقة، واستفادة المهر.

وجه قولهما: أن ذلك ليس من التجارة، وعقد المضاربة إنما يضمن التوكيل، فصار[٣] كالكتابة، والإعتاق علىٰ مال، فإنه لا يجوز، وإن كان مشتملًا على الكسب، لكنه ليس بطريق التجارة[٤].

شراء المضارب من يعتق على رب المال من مال المضاربة

قال: (ولا يشتري من يعتق على المالك).

ليس للمضارب أن يشتري من مال المضاربة عبدًا يعتق علىٰ رب المال لشرائه، سواء كان بقرابة أو غيرها؛ لأن عقد المضاربة عقد للاسترباح، وأنه[٥] بتكرار التجارة في المشترىٰ، فإذا عتق بالشراء امتنع التصرف

---

(١) «المبسوط» ٢٢/ ١٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩٥، و«الهداية» ٣/ ٢١١، و«الاختيار» ٣/ ٢١، وتبيين الحقائق ٥/ ٥٨، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٨٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٥.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (أ، ج): (وصار) بدل (فصار).

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ١٢٢، و«الهداية» ٣/ ٢١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٧.

(٥) في (ج): (فإنه) بدل (وأنه).

فيه؛ ولهٰذا لا يدخل في المضاربة شراء مالا يملك بالقبض، كشراء الخمر، والشراء بالميتة، بخلاف البيع الفاسد، حيث يملك بالقبض، فيمكن بيعه بعد قبضه[(١)].

الضمان على المضارب
عند شرائه من يعتق على رب المال

قال: (فإن فعل ضمن).

يعني: فإن ٱشترىٰ من يعتق صح الشراء، فكان مشتريا لنفسه دون المضاربة؛ لأن الشراء لم ينفذ على المالك؛ لما ذكرنا، فينفذ[(٢)] على المضارب، كالوكيل بالشراء إذا خالف، وإنما يضمن؛ لأنه ٱشترىٰ لنفسه[(٣)]، ونقد الثمن من مال المضاربة، فيضمن[(٤)].

(١) «الكتاب» ٢/ ١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٢١-٢٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٧.

(٢) في (ج): (فتفذ) بدل (فينفذ).

(٣) من قوله: (دون المضاربة؛ لأن الشراء...) إلىٰ قولهم: (لأنه ٱشترىٰ لنفسه) غير موجود في (أ).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٧.

شراء المضارب من يعتق عليه من مال المضاربة

قال: (ولا من يعتق عليه إن كان ربح).

ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه من مال المضاربة إذا كان فيه ربح؛ لأنه يعتق عليه نصيبه، ويفسد نصيب رب[1] المال، أو يعتق عليه على الخلاف المعروف فيه[2]، فيمتنع التصرف الذي هو المقصود من عقد المضاربة. وإذا ٱشترىٰ ضمن أيضًا؛ لأنه مشترٍ لنفسه، فيضمن ما نقده من مال[3] المضاربة[4].

زيادة قيمة من يعتق على المضارب بعد شرائه، ولم يكن في مال المضاربة ربح

قال: (وإن لم يكن، فاشترىٰ، فازدادت القيمة، عتق نصيبه، وسعى العبد في قيمة نصيب رب[5] المال).

---

(١) في (أ): (رأس) بدل (رب).

(٢) أي: الخلاف في تجزؤ الإعتاق فيمن أعتق بعض عبده، فعند أبي حنيفة رحمه الله يعتق ذلك الجزء، ويسعى العبد في بقية قيمته لمولاه، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق كله؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ.
«الاختيار» ٤/ ٢٣، و«العناية على الهداية» ٨/ ٤٥٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥١٥.

(٣) لفظ: (مال) غير موجود في (ج).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩٨، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٢٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٧.

(٥) لفظ: (رب) غير موجود في (ج).

إذا لم يكن في المال ربح جاز للمضارب شراء من يعتق عليه؛ لعدم المانع من التصرف؛ لعدم الشركة فيه، فإن ٱشترىٰ، ثم زادت قيمة ما ٱشتراه، عتق نصيبه؛ لأنه مالك لبعض قريبه، ولا ضمان عليه؛ لأنه لا صنع له في زيادة القيمة، ولم يملك هٰذِه الزيادة؛ لأنها ثابتة بطريق الحكم، فصار كما إذا ورثه مع غيره، ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال؛ لاحتباس ماليته عنده، فيسعىٰ[١] فيه، كما في الوراثة[٢].

المضارب يشتري عروضًا

بكل رأس المال، ويحملها من عنده، ويريد بيعها مرابحة

قال: (ولو ٱشترىٰ بألف المضاربة عروضًا، واقترض مائة؛ لحملها، فله بيعها مرابحة على الكل، وحصة المائة له، وقالا: على الألف).

رجل دفع ألف درهم إلىٰ آخر مضاربة، فاشترىٰ بها ثيابًا، ثم ٱستقرض مائة، وحملها بها، ثم أراد بيعها مرابحة، باعها مرابحة علىٰ ألف ومائة، وحصة المائة له[٣]، عند أبي حنيفة[٤] رضي الله عنه.

---

(١) في (ج): (فسعىٰ) بدل (فيسعىٰ).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٢٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٥.

(٣) من قوله: (وقالا: على الألف، رجل دفع ألف درهم...) إلىٰ قول: (مرابحة علىٰ ألف ومائة، وحصة المائة له) غير موجود في (ج).

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ١٨٢، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٩/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩١،

وقالا: لا يرابح إلَّا علىٰ ألف، وهو في المائة متبرع[(١)]؛ لأن المضارب متطوع فيما اكترىٰ لحملها، كما لو[(٢)] اكترىٰ لحملها أجنبي، فلا يرجع [ب/٢١٤] به علىٰ رب المال، ورب المال لا يبيعه مرابحة إلَّا علىٰ ألف، فكذا نائبه، وهو المضارب.

وله: أن الثياب قامت[(٣)] على المضارب بألف ومائة، وأنه في العقد أصيل كالوكيل، فيبيعها مرابحة [ج/٢٨٨ب] بما قامت عليه، وهو ألفٌ ومائةٌ. وإنما قلنا: إنها قامت[(٤)] عليه بألف ومائة؛ لأن للحمل أثرًا في العين؛ لاختلاف ذلك باختلاف البلدان، وإذا اختلفت صفته بالحمل كتغيره بالطراز والقصارة، فيضم إلىٰ رأس المال. وإنما كانت حصة[(٥)] المائة له؛ لأنه غير مأذون له في استقراضها، فنفذت علىٰ نفسه، وكانت ملكًا له، فصارت[(٦)] حصتها ربحًا له ناميًا علىٰ ملكه، فصار كما لو اكترىٰ لها بدراهم من عنده[(٧)].

و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٠-٢٧١.

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (أ): (فيما) بدل (كما لو).

(٣) لفظ: (قامت) غير موجود في (ج).

(٤) في (أ، ب): (تقومت) بدل (قامت).

(٥) لفظ: (حصة) غير موجود في (ج).

(٦) في (ج): (فصار) بدل (فصارت).

(٧) «المبسوط» ٢٢/ ١٨٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٠-٢٧١.

تصرف المضارب بما نهاه رب المال، ثم أجاز تصرفه

قال: (ولو تصرف بما نهىٰ عنه، فأجاز، لم يجيزوه).

المضارب إذا ٱشترىٰ ما نهاه رب المال عن شرائه، ثم باعه، وتصرف فيه تصرفات، ثم أجاز رب المال تلك التصرفات، لم يجز عندنا، وكان مخالفًا غاصبًا ضامنًا، والربح كله له[١].

وقال مالك: يجوز تصرفاته، والمال على المضاربة، والربح كذلك[٢]؛ لأن الإجازة في الأنتهاء كالإذن له[٣] في ذلك من الأبتداء.

ولنا: أنه إذا ٱشترىٰ بغير إذنه كان مشتريًا لنفسه، وكان تصرفه بعد ذلك في مال نفسه، فلا يتوقف علىٰ إجازة غيره[٤].

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٤/ ٥٤، و«المبسوط» ٢٢/ ٥٣، ٥٤، و«منظومة النسفي» لوحة ١٤٠/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠٤، و«الاختيار» ٣/ ٢١.

(٢) «المدونة» ٤/ ٦٢، و«الموطأ» ٢/ ٦٩٥، و«التفريع» ٢/ ١٩٥، «الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٣٨٥، و«المنتقىٰ» ٥/ ١٦٧-١٦٨، و«بداية المجتهد» ٢/ ١٨٣.

(٣) لفظ: (له) غير موجود في (جـ).

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ٥٤، و«الهداية» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٢١، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٥.

اختلاف المضارب ورب المال في إطلاق المضاربة وتقييدها

قال: (ولو ٱدعى التقييد، والمضارب الإطلاق، جعلنا القول له، لا للأول).

إذا ٱختلف رب المال والمضارب، فقال رب المال: دفعت إليك هٰذِه الألف[١] مضاربة بالنصف؛ لتعمل في نوع كذا من أنواع التجارات[٢]، وقال المضارب: بل عممت لي[٣]، فالقول قول المضارب عندنا[٤].

وقال زفر: القول قول رب المال[٥]؛ لأن الإذن إنما يستفاد منه، فالمضارب يدعي وجود الإذن منه[٦]، ورب المال ينكر، والقول قول المنكر.

ولنا: أن المضارب متمسك بما هو الأصل؛ إذ الأصل في المضاربة الإطلاق، فكان القول قول[٧] من يشهد له الأصل[٨].

---

(١) في (ب): (هٰذا المال) بدل (هٰذِه الألف).

(٢) في (أ): (التجارة) بدل (التجارات).

(٣) لفظ: (لي) غير موجود في (ج).

(٤) «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٥، و«المبسوط» ٢٢/ ٤٢، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٥/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٩، و«الهداية» ٣/ ٢١٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٥، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٨.

(٥) «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٥، و«المبسوط» ٢٢/ ٤٢، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٥/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب.

(٦) في (ج): (صفة) بدل (منه).

(٧) لفظ: (قول) غير موجود في (ج).

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٩، و«الهداية» ٣/ ٢١٤-٢١٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٥-٧٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب.

بيع المضارب ما اشتراه بمال المضاربة من رب المال

قال: (ولو باع من رب المال ما ٱشتراه به، أجزناه).

إذا ٱشترى المضارب بمال المضاربة عروضًا، فباعها، أو بعضها من رب[١] المال، جاز عندنا[٢].

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز[٣] [أ/١٩١] لأن ما ٱشتراه المضارب مال رب المال، والإنسان لا يشتري مال نفسه.

ولنا: أن هٰذا المال في حق التصرفات، كالمملوك للمضارب، وكغير[٤] المملوك لرب المال في هٰذا الحكم، ولا يملك رب المال إبطال حق المضارب في هٰذا المال إلَّا بالشراء، فوجب أن يصح، كالمولىٰ يشتري من مكاتبه شيئًا من إكسابه[٥][٦].

---

(١) في (أ): (علىٰ) بدل (من).

(٢) «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٥-٣٩٦، و«المبسوط» ٢٢/ ٨٨-٨٩، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٥/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ب): (لغير) بدل (كغير).

(٥) من قوله: (ولا يملك رب المال إبطال) إلىٰ قوله: (شيئا من إكسابه) غير موجود في (أ).

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠١، و(تبيين الحقائق» ٥/ ٦٩-٧٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٦.

دفع المضارب مال المضاربة إلى رب المال، فاشترى به أو باع

قال: (أو دفع المال إليه[1] مضاربة، حكمنا ببقاء الأولىٰ، لا بانفساخها).

المضارب إذا دفع مال المضاربة إلىٰ رب المال، فاشترىٰ به رب المال أو باع، فالمضارب علىٰ مضاربته عندنا[2].

وقال زفر رحمه الله: انفسخت المضاربة[3]؛ لأن رب المال تصرف في ملك نفسه، فاستلزم انفساخها.

ولنا: أنه وكيل المضارب، وهو فيما يرجع إلى التصرف كالأجنبي، فصح توكيله، فلا يكون تصرفه فيه نقضًا للمضاربة، بخلاف ما إذا شرط علىٰ[4] رب المال العمل في المضاربة، حيث لا تصح المضاربة؛ لأن التخلية [ج/٢٨٩أ] شرط صحتها[5]، وشرط العمل منه ينافي[6] التخلية[7].

---

(١) في (أ): (إليه) بدل (المال إليه) بتقديم وتأخير.

(٢) «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٦، و«المبسوط» ٢٢/ ٨٨-٨٩، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٥/أ، و«الهداية» ٣/ ٢١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦٨، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٨.

(٣) «عيون المسائل» ٢/ ٣٩٦، و«المبسوط» ٢٢/ ٨٩، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٥/أ، و«الهداية» ٣/ ٢١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب.

(٤) لفظ: (علىٰ) غير موجود في (ج).

(٥) قوله: (صحتها وشرط) غير موجود في (أ).

(٦) لفظ: (ينافي) غير موجود في (ج).

(٧) «الهداية» ٣/ ٢١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٩-٧٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦٨-٢٦٩.

دفع المضارب المال إلى آخر مضاربة، بغير إذن رب المال

قال: (ولو دفع المال مضاربة بغير إذن، فالأول ضامن إن ربح الثاني، وقالا: إن عمل، وما ضمناه بنفس التسليم، وقيل: يتخير في تضمين أيهما شاء).

إذا دفع المضارب المال إلىٰ آخر مضاربة، ولم يكن أذن له رب المال في ذلك، لم يضمن بمجرد[1] الدفع[2].

وقال زفر رحمه الله: يضمن[3]، وهو رواية عن أبي يوسف[4] رحمه الله.

وروىٰ[5] الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يضمن، حتىٰ يربح المضارب الثاني، فإذا ربح ضمن الأول المال لرب المال[6].

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا عمل المضارب ضمن،

---

(١) في (ج): (مجرد) بدل (بمجرد).

(٢) «المبسوط» ٢٢/ ٩٨-٩٩، و«منظومة النسفي» ١٠٥/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٦، و«الاختيار» ٣/ ٢٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٦.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٨.

(٥) في (أ، ج): (ورواية) بدل (وروىٰ).

(٦) «المبسوط» ٢٢/ ٩٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٤.

سواء ربح أو لم يربح[(١)]، وهو ظاهر الرواية[(٢)].

لزفر ﷺ: أنه لا يملك الدفع إلَّا علىٰ وجه الإيداع، وهٰذا الدفع علىٰ وجه المضاربة[(٣)]، [ب/٢١٤ب] وهو غير مملوك، فيضمن بمجرده.

ولهما: أن مجرد الدفع إيداع في الحقيقة، وإنما يتقرر كونه مضاربة بالعمل، فكان الحال موقوفًا قبل العمل[(٤)].

وجه رواية الحسن: أن الدفع قبل العمل إيداع، وبعد العمل إبضاع، والفعلان مملوكان للمضارب، لكنه إذا ربح قد أثبت شركة غيره في مال[(٥)] رب المال، فيضمن، كما إذا خلطه بغيره، وهٰذا الحكم فيما إذا كانت المضاربة صحيحة، وأما إذا كانت فاسدة، لم يضمن للأول، وإن ربح الثاني؛ لأنه أجير[(٦)] فيه، وله أجر مثله، فلم تثبت به الشركة[(٧)].

وقوله: (وقيل: يتخير في تضمين أيهما شاء) إشارة إلى الخلاف الواقع في التضمين؛ فالمذكور في «القدوري»[(٨)]: أن الأول ضامنٌ، ولم يتعرض

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٦، و«الاختيار» ٢/ ٢٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ب، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٤، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ٦٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٨.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) قوله: (إذا عمل المضارب ضمن، سوءا ربح أو لم يربح، وهو ظاهر الرواية. لزفر) غير موجود في (ج).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (أ): (ومال) بدل (في مال).

(٦) في (ج): (أجنبي) بدل (أجير).

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٣-٦٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٨-٣٢٩.

(٨) أي: في مختصره المعروف بـ«الكتاب» ٢/ ١٣٣-١٣٤.

للثاني، وقيل: ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة[١] رحمه الله، ويضمن عندهما[٢]؛ بناء علىٰ خلافهم في مودع المودع، وقيل: رب المال مُخير في تضمين من شاء منهما[٣] بالإجماع[٤]؛ قال في «الهداية»: (وهو المشهور)[٥]. فذكر في الكتاب[٦] الأول[٧]؛ لأنه رواية القدوري، وتعرض للمشهور بما زاد آخرًا، وبناء علىٰ صيغة الفعل المضارع المستتر الفاعل؛ للعلم به، دلالة على الإجماع.

أما عندهما فظاهر، وأما علىٰ مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه: فالفرق بين المضاربة والوديعة: أن المودع الثاني يقبض المال[٨]؛ لنفع الأول لا غير، والمضارب الثاني يقبضه؛ ليعمل فيه؛ لنفع[٩] نفسه، فجاز[١٠] أن يكون ضامنًا، ثم إن ضمن الأول صحت هٰذِه المضاربة الثانية؛ لأنه

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٦-٢٠٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٦، و«غنية ذوي الإحكام في بغية درر الأحكام» ٢/ ٣١٤.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) لفظ: (منهما) غير موجود في (أ).

(٤) يعني: إجماع أئمة الحنفية الثلاثة: أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله. ينظر «الهداية» ٣/ ٢٠٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٤/ ب، و«غنية ذوي الإحكام في بغية درر الأحكام» ٢/ ٣١٤، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٣٤.

(٥) ٣/ ٢٠٧.

(٦) يعني به: متن «مجمع البحرين».

(٧) لفظ: (الأول) غير موجود في (ج).

(٨) في (ب): (المال الوديعة) بزيادة (الوديعة).

(٩) لفظ: (لنفع) غير موجود في (أ).

(١٠) في (ج): (فحان) بدل (فجاز).

صار ملكه من حين خالف، فصار كما لو دفع ملك نفسه، والربح علىٰ ما شرطاه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالضمان؛ لأنه التزم له سلامة المقبوض عن الضمان، فإذا لم يسلم رجع، كمودع الغاصب، وصحت المضاربة الثانية[(١)]، وهٰذا بخلاف الرهن؛ فإن الغاصب إذا رهن، وأجاز المالك تضمين المرتهن، رجع على الراهن بما ضمن[(٢)]، ولم ينفذ عقد الرهن، والفرق: أن الرجوع على الراهن إنما كان باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد، وإذا وجد الملك -يعني: بعد العقد- لم ينفذ العقد. وأما باب المضاربة؛ فالمضاربة[(٣)] عقد جائز، وكل عقد جائز، فلبقائها حكم ٱبتدائه[(٤)]، فصار كالمجدد للعقد بعد أداء الضمان، ثم الربح يطيب للثاني؛ لأنه يستحقه [جـ/٢٩٨ب] بعمله، ولا خبث فيه، ولا يطيب للأول؛ لأنه مستند إلىٰ ملكه بأداء الضمان، ولا يعرىٰ عن[(٥)] نوع خبث[(٦)].

---

(١) لفظ: (الثانية) غير موجود في (ب).
(٢) في (جـ): (يضمن) بدل (ضمن).
(٣) لفظ: (فالمضاربة) غير موجود في (جـ).
(٤) في (جـ): (بابتدائه) بدل (ابتدائه).
(٥) في (جـ): (من) بدل (عن).
(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٩.

تقسيم الربح إذا أذن رب المال للمضارب بدفعه لغيره مضاربة، وقال: على أن ما رزق الله بيننا نصفان، فضارب بالثلث

قال: (ولو دفع إليه المال، وقال: ما رزق الله بيننا نصفان، وأذن له أن يضارب، فضارب بالثلث، كان نصف الربح لرب المال، والسدس للأول، والثلث للثاني).

إذا دفع رب المال المال إلىٰ[1] المضارب بالنصف، وأذن له أن يضارب، فضارب المضاربُ آخر[2] بالثلث، فإذ كان رب المال قال: علىٰ أن ما رزق[3] الله بيننا نصفان، فعمل الثاني وربح، فلرب المال نصف الربح، وللمضارب الأول السدس، وللمضارب الثاني الثلث؛ لأن الدفع إلى الثاني مضاربة صحيحة؛ لسبق الإذن في ذلك من المالك، ورب المال شرط لنفسه الربح من جميع ما رزق الله، فلم يبق [١٩١/أ] للمضارب الأول من الربح إلَّا النصف، فينصرف بصرفه في المضاربة الثانية إلىٰ حصته، وقد جعل فيه بقدر ثلث الجميع للثاني، فيكون له، ولم يبق إلَّا السدس، فيكون للمضارب الأول، ويطيب الربح لهما؛ لأن فعل الثاني واقع للأول، كمن آستأجر رجلًا ليخيط ثوبا بدرهم، فاستأجر هو غيره علىٰ ذلك بنصف درهم[4].

(١) عبارة: (المال إلىٰ) غير موجودة في (أ، ج).

(٢) في (أ، ب): (الآخر) بدل (آخر). (٣) عبارة: (أن ما) غير موجودة في (ج).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٣٤، و«الهداية» ٣/ ٢٠٧، و«الاختيار» ٣/ ٢٢-٢٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٤-٦٥، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٢٩.

تقسيم الربح، إذا أذن رب المال للمضارب بدفعه لغيره مضاربة، على أن له نصف الربح، فضارب بالنصف، واشتراط المضارب ثلثي الربح للمضارب الثاني

قال: (أو قال: فلي نصفه، فضارب بالنصف، فلا شيء له، أو بالثلثين، ضمن الأول للثاني قدر سدس الربح).

إذا دفع رب المال مضاربة بالنصف، وأذن له بالدفع مضاربة، فضارب[1] بالنصف[2]، فنصف الربح لرب المال، والنصف الآخر للمضارب الثاني، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأن رب المال لما شرط لنفسه[3] النصف من جميع الربح [ب/٢١٥أ] تعين تصرف المضارب في المضاربة الثانية في نصيبه، وقد ضارب بالنصف، فينصرف إلىٰ نصيبه[4] ويخرج بغير شيء، كمن أستؤجر[5] ليخيط ثوبًا بدرهم، فاستأجر آخر بدرهم[6]، وإن شرط المضارب للمضارب الثاني الثلثين -والمسألة بحالها، فلرب المال النصف، وللمضارب الثاني النصف، ويضمن المضارب الأول للثاني مقدار سدس الربح في ماله؛ لأنه شرط للثاني

---

(١) لفظ: (فضارب) غير موجود في (أ، ج).

(٢) من قوله: (فلا شيء له أو بالثلثين ضمن ...) حتىٰ قوله: (بالدفع مضاربة، فضارب بالنصف) غير موجود في (أ).

(٣) لفظ: (لنفسه) غير موجود في (أ، ج)

(٤) في (ج): (نفسه) بدل (نصيبه).

(٥) لفظ: (استؤجر) غير موجود في (ج).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٠٧-٢٠٨، و«الاختيار» ٣/ ٢٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٧.

شيئًا هو مستحق[١] رب المال، فلم ينفذ في حقه؛ لتضمنه إبطال حقه، والتسمية في نفسها صحيحة؛ لأن هٰذا العقد مملوك له، فقد ضمن له السلامة، فيلزمه[٢] الوفاء به؛ ولأنه مغرور في ضمن هٰذا العقد، فيرجع عليه؛ لأن الغرور سبب الرجوع، كمن[٣] ٱستؤجر ليخيط ثوبًا بدرهم، فاستأجر آخر لخياطته[٤] بدرهم ونصف[٥].

تقسيم الربح إذا اذن رب المال للمضارب بدفعه لغيره مضاربة، وقال: على أن ما رزقك الله بيننا نصفان

قال: (أو ما رزقك الله، أخذ الثاني الثلث، واقتسم الأول ورب المال ما بقي).

لأنه قد فوض إليه التصرف، وجعل رب المال لنفسه ما رزق الله، وقد رزق ثلثي الربح، فيقتسمان ذلك نصفين، بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح؛ لخلو ذلك عن كاف الخطاب، فافترقا[٦].

(١) في (ج): (يستحق) بدل (مستحق).
(٢) في (ج): (فيلزم) بدل (فيلزمه).
(٣) لفظ: (كمن) غير موجود في (ج).
(٤) في (أ، ج): (بخياطته) بدل (لخياطته).
(٥) «الكتاب» ٢/ ١٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٠٨، و«الاختيار» ٣/ ٢٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٠.
(٦) «الكتاب» ٢/ ١٣٤، و«الهداية» ٣/ ٢٠٧، و«الاختيار» ٣/ ٢٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٠.

زيادة رب المال أو المضارب للآخر منهما في الربح بعد القسمة

قال: (ويجيز لرب المال أن يزيد في الربح بعد القسمة، كالعكس، وخالفَهُ).

إذا اْقتسم ربُّ [جـ/٢٩٠أ] المال والمضارب الربح، وأخذ رأس المال، ثم زاد ربُّ المال للمضارب[١] شيئًا علىٰ قدر نصيبه، يجوز ذلك عند أبي يوسف[٢] ﷺ، وهو القياس[٣]، وأشار إليه في «الكتاب» بقوله: (كالعكس)، وهو من الزوائد، يعني: أنه كما يجوز أن يدفع المضارب إلىٰ رب المال زيادة علىٰ نصيبه من الربح، إجماعًا[٤]، فكذلك هٰذا.

وقال محمد ﷺ -وهو الاْستحسان-: لا يجوز[٥]؛ لفوات المعقود عليه؛ لأن العمل كالمبيع، والربح كالثمن، ولما اْنتهىٰ عقد المضاربة بالقسمة[٦]، فات المعقود عليه، وهو العمل؛ لأنه عرض[٧] يتلاشىٰ[٨]،

---

(١) في (أ، ب): (المضارب) بدل (للمضارب).

(٢) في (جـ): (حنيفة) بدل (يوسف).

(٣) «المبسوط» ٢٢/ ١٠٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و(المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٧.

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ١٠٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٧، و«الإجماع» / ١٢٤، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ٩٩، و«مراتب الإجماع» ص٩٢.

(٥) «المبسوط» ٢٢/ ١٠٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٧.

(٦) في (ب): (بالقيمة بالتسمية) بدل (بالقسمة).

(٧) لفظ: (عرض) غير موجودفي (أ).

(٨) في (جـ): (ملائم) بدل (يتلاشىٰ).

وإنما كان موجودًا حكمًا؛ لبقاء العقد، فإذا ٱنقضى العقد لم يبق العمل حقيقة وحكمًا، فصار كالزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع، بخلاف العكس؛ لأنه بمنزلة الحط، والحط يجوز بعد هلاك المعقود عليه، كحط بعض الثمن بعد هلاك المبيع[١].

مضاربة من استأجره حولًا بالنصف

قال: (ولو ضارب من ٱستأجره حولًا[٢] بالنصف يعطيه الأجر، ويجعل الربح لرب المال، وأعطاه ما شرط له، ولا تنفسخ الإجارة).

رجلٌ ٱستأجر رجلًا حولا، علىٰ أن يشتري له ويبيع في البز[٣]، جاز، ثم أعطاه ألفًا مضاربة بالنصف، فعجل فيها، وربح.

---

(١) «المبسوط» ٢٢/١٠٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٧.

(٢) الحَوْلُ: السنة، ٱعتبارًا بانقلابها، ودوران الشمس في مطالعها، ومغاربها، ومنه حالت السنة: تحولت.
«مختار الصحاح» ص١٦٣، مادة (حول) و«المصباح المنير» ١/ ١٥٧، مادة (حال) و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٣٠٠، و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٠٩، مادة (حال).

(٣) البَزُّ: نوع من الثياب، وقيل: الثياب من أمتعة البيت خاصة، وقيل: أمتعة التاجر من الثياب.
«مختار الصحاح» ص٥١، مادة (بز) و«المصباح المنير» ١/ ٤٧، ٤٨، مادة (بز)، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص١٢٨، و«المعجم الوسيط» ١/ ٥٤، مادة (بز).

قال أبو يوسف ﷺ: ليس للعامل إلّا ما شرط له من الأجرة في عقد الإجارة[١].

وقال محمد ﷺ: له ما شرط في عقد المضاربة، ويسقط من الأجرة بمقدار مدة عمله في المضاربة[٢]. ولا تنفسخ الإجارة إجماعًا

له: أنهما كانا جعلا عوض منافع الأجير[٣] ما سمياه في تلك المدة، ثم إنهما تراضيا علىٰ أن جعلا بدلها نصف الربح، فيصح، كما لو دفع إليه غير من[٤] ٱستأجره مالًا مضاربة، صحت المضاربة، وسقط من الأجرة[٥] بمقدار مدة العمل فيها من الحول، كذا هٰذا. ولأبي يوسف ﷺ: أنه دَفَع المال مضاربة إلىٰ شخص منافعه مملوكة له بعقد الإجارة، فلا يصح، كما لو دفعه إلىٰ مملوكه الخالي عن الدين، ولا تنفسخ[٦] الإجارة في ضمن المضاربة؛ لأن الإجارة أقوىٰ؛ حيث لا تنفسخ إلَّا بعذر، والمضاربة عقد ينفسخ بغير عذر[٧][٨].

وقوله: (حولًا، و[٩] بالنصف) زائد.

---

(١) «منظومة النسفي» لوحة ٧٧/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٨.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ج): (الأجر) بدل (الأجير).

(٤) لفظ: (من) غير موجود في (أ).

(٥) في (ج): (الأجر) بدل (الأجرة).

(٦) في (ج): (لا ينفسخ) بالياء التحتانية.

(٧) في (ج): (عذره) بزيادة الضمير.

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٨.

(٩) قوله: (حولًا، و) غير موجود في (ج)

فصل
في نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة، وفي بطلانه[١]

إنفاق المضارب على نفسه من مال المضاربة في المصر

قال: (ولا ينفق المضارب من المال، وهو في مصره، أو مصر اتخذه دارًا).

قال علماؤنا جميعًا رحمهم الله: لا نفقة للمضارب في المال إذا عمل به في مصره، وإذا أنفق منه ضمن؛ لأن الأصل في نفقة الإنسان، أن تكون عليه، وليس في المضاربة ما يستدعي وجوب النفقة له[٢]؛ لكونه أمينًا، ووكيلًا، وأجيرًا، فلا تجب النفقة.

وأما إذا سافر [ب/٢١٥ب] فسفره واقع؛ لأجل المال، فيصير محتبسًا؛ بسبب ذلك المال، فوجبت النفقة في المال؛ لأجل الاحتباس[٣] به[٤]، بخلاف ما إذا كان في الحضر؛ لأن إقامته ليست لأجل المضاربة؛ فإنه كان مقيمًا قبلها، فلم تكن نفقته[٥] في المال، وهذا بخلاف الأجير يعمل ببدل؛ فإن البدل يجب له لا محالة، [جـ/٢٩٠ب] فلا تجب له النفقة،

(١) قال العيني في «المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٨: (لما كانت مسائل هذا الفصل غير ما ذكر فيما قبله، فصلها عما قبلها).
(٢) لفظ: (له) غير موجود في (جـ).
(٣) في (جـ): (الإحباس) بدل (الاحتباس).
(٤) في (ب): (له) بدل (به).
(٥) في (جـ): (نفقتها) بدل (نفقته).

والمضارب إنما يستحق من الربح، والربح قد يحصل وقد لا يحصل، فجعلنا النفقة في المال؛ لئلا يستضر بالإنفاق من مال نفسه، وبخلاف المبضع؛ لأنه متبرع بالعمل، فلا [١٩٢/أ] تجب له النفقة، وإذا نوى المضارب أنه يقيم في مصر خمسة عشر يومًا، فله النفقة ما لم يتخذ الموضع الذي هو فيه دار إقامة، ولا تبطل[١] نفقته إلَّا بإقامته في مصره، أو مصر يتخذه دارًا؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرف، فهو محتبس بمال المضاربة، وإذا كان ذلك موطنًا، فهو متوطن بوطنه الأصلي، وكذلك إذا نوى التوطن في بلد آخر، فلا يستوجب النفقة[٢].

وهٰذِه زوائد[٣].

لا نفقة للمضارب في المضاربة الفاسدة

قال: (ولا في الفاسدة).

المضاربة الفاسدة لا تجب فيها النفقة؛ لأن المضارب فيها أجير، والأجير لا يستوجب النفقة[٤]. وهٰذِه زائدة.

---

(١) في (ج): (يبطل) بالياء التحتانية بدل (تبطل).

(٢) «المبسوط» ٢٢/ ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٥-١٠٦، و«الهداية» ٣/ ٢١١-٢١٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٦-٣١٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٢-٣٣٣.

(٣) في (أ): (زائدة) بدل (زوائد).

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ٦٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٨، و«الهداية» ٣/ ٢١٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٣.

مدة سفر المضاربة التي يستحق بها المضارب النفقة، ومقدار هٰذِه النفقة، وتجاوز المضارب المعتاد من النفقة

قال: (فإن سافر، ولو يومًا؛ ليعمل فيه، أنفق منه علىٰ نفسه ومن يخدمه، وأخرج ما لابد منه في العادة بالمعروف، فإن تجاوز، ضمن).

إذا سافر للعمل في مال المضاربة صار محتبسًا به[١]، فينفق، ولو كان السفر يومًا فصاعدًا؛ لحصول الاحتباس[٢] بالمال، والنفقة لنفسه، ولما[٣] يكتري لركوبه، ولكسوته، وطعامه، وأجر من يخدمه، وثوب[٤] يلبسه، وفراش[٥] ينام عليه، وعلف دابته، وغسل ثوبه، وشراء دابته، ليركبها في مال المضاربة، وينفق ما لابد منه[٦] في سفره؛ لأن نفقة الاحتباس تتقيد بما لابد منه؛ ولأن الإنفاق إنما يثبت باعتبار العادة، فإن الإنسان لا ينفق من مال نفسه، ويتصرف في مال غيره لأجل ربح موهوم، بل ينفق من المال[٧] نفسه، فكان[٨] ذلك مأذونا فيه بطريق العادة؛ ولأن سفره لأجل المال، لا علىٰ سبيل التبرع من غير بدل مضمون، فكانت[٩]

---

(١) لفظ: (به) غير موجود في (ب).

(٢) في (ج): (الإحساس) بدل (الاحتباس).

(٣) في (ب): (ما) وفي (ج): (إنما) بدل (لما).

(٤) لفظ: (ثوب) غير موجود في (ج).

(٥) في (ب): (وفرش) بالجمع، بدل (وفراش).

(٦) لفظ: (منه) غير موجود في (ج).

(٧) في (أ): (مال) بدل (المال).

(٨) في (ج): (وكان) بدل (فكان).

(٩) في (ج): (وكانت) بدل (فكانت).

نفقته فيه، وليس كذلك في الحضر؛ لأن الإقامة ليست لأجل المضاربة؛ لأنه كان مقيمًا قبلها، فلم تكن نفقته في المال، فيتقيد بما جرت العادة فيه، حتىٰ إن ما يشتريه من دواء، أو حجامة[١]، فذلك[٢] من ماله، وكذلك النُّورة[٣][٤]، وكذلك الدهن في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[٥] رحمهما الله؛ لأن ذلك ليس من المؤن الأصلية؛ ولأنه نادر، فلا يثبت بالعادة.

وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: الدهن في المال[٦]؛ لأنه يستعمل غالبًا، فالتحق بما لابد منه.

---

(١) الحِجَامَةُ: اَمتصاص الدم بالمحجم.
«الصحاح» ٥/ ١٨٩٤، مادة (حجم) و«لسان العرب» ١/ ٥٧٧، مادة (حجم) و«المصباح المنير» ١/ ١٢٣، مادة (حجم) و«المعجم الوسيط» ١/ ١٥٨، مادة (حجم).

(٢) في (أ)، (ج): (فذاك) بدل (فذلك).

(٣) النُّورَة- بضم النون: حجر الكلس، ثم غلبت علىٰ أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ، وغيره، وتستعمل؛ لإزالة الشعر.
«لسان العرب» ٣/ ٧٤٠، مادة (نور) و(المصباح النير» ٢/ ٦٣٠، مادة (نور).
وجاء في «المعجم الوسيط» ٢/ ٩٦٢، مادة (نور): النورة: أخلاط من أملاح الكلسيوم والباريون، تستعمل لإزالة الشعر.

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ٦٣-٦٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦، و«الهداية» ٣/ ٢١٢، «الاختيار» ٣/ ٢٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠-٧١، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٣.

(٥) «المبسوط» ٢٢/ ٦٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٧، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٩، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

وروى الحسن[١]: أنه إذا احتجم، أو اطَّلىٰ[٢]، أو أكل منه فاكهة، مثل ما يصنع التجار، كان له ذلك في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر[٣] رحمهم الله.

وقال أبو الحسن[٤]: ليس في الخضاب[٥] رواية عن أبي يوسف[٦] ومحمد، والظاهر أنه كالحجامة؛ لكونه غير معتاد في حق الرجال[٧]، والمعتاد من الفاكهة يجري مجرى الطعام والإدام[٨].

وسبيل النفقة أن يحتسب من الربح إن كان ربح، وإلا يحتسب من رأس المال؛ لأن النفقة جزءٌ هالك[٩] من المال، والهلاك محتسب من الربح أولا، ولأنا لو جعلناه من رأس المال [جـ/٢٩١أ] خاصة أو من نصيب رب

---

(١) هو: الحسن بن زياد، وقد تقدمت ترجمته.

(٢) اطَّلىٰ: يقال: طليته بالدهن وغيره طليًا، أي لطخته وسترته به. «الصحاح» ٦/ ٢٤١٥، مادة (طلىٰ)، و«لسان العرب» ٢/ ٦١٠، مادة (طلىٰ) و«المصباح المنير» ٢/ ٣٧٧، مادة طلىٰ، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٥٦٥، مادة طلىٰ.

(٣) «المبسوط» ٢٢/ ٦٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٧، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٩.

(٤) هو: أبو الحسن الكرخي، وقد مرت ترجمته.

(٥) الخضَابُ: مصدر خضب، أي لَوَّنَ الشعر أو الأعضاء بالحناء. «مختار الصحاح» ص١٧٨، مادة (خضب) و«المصباح المنير» ١/ ١٧١-١٧٢، مادة (خضب) و«القاموس المحيط» ص٧٦، مادة (خضب) و«معجم لغة الفقهاء» ص١٧٤، مادة (خضب) و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٣٩، مادة (خضب).

(٦) من قوله: (وزفر ...) إلىٰ قوله: (رواية عن أبي يوسف) غير موجود في (ج).

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٩، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠.

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٧٧، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٧٩، و«غنية ذوي الإحكام في بغية درر الأحكام» ٢/ ٣١٦.

(٩) في (ج): (هلك) بدل (هالك).

المال من الربح[١] ٱزداد[٢] نصيب المضارب في الربح علىٰ نصيب رب المال[٣]، وإنما يضمن بمجاوزة المعتاد المعروف بين التجار ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة، فإذا تجاوزه ضمن؛ لعدم المطلق[٤]. وهٰذِه الجملة من الزوائد.

نفقة المضارب إذا سافر بماله ومال المضاربة، أو خلط بإذن، أو بمالين لرجلين

قال: (ولو سافر بماله ومال المضاربة، أو خلطه بإذن، أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة).

وهٰذا؛ لأن السفر لأجلهما وجد، فتنقسم[٥] النفقة عليهما[٦].

---

(١) في (أ) زيادة لفظ: (إذا) بعد لفظ: (الربح).

(٢) في (أ): (زاد) بدل (ازداد).

(٣) «المبسوط» ٢٢/ ٧٠-٧١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٧، و«الهداية» ٣/ ٢١٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٣-٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٦-٣١٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٤.

(٤) «المبسوط» ٢٢/ ٦٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦، و«الهداية» ٣/ ٢١٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/ ب، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٦.

(٥) في (ج): (فينقسم) بدل (فتنقسم).

(٦) «المبسوط» ٢٢/ ٦٦-٦٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠٦-١٠٧، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك ١٥٥/ ب، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٤، و«غنية ذوي الإحكام في بغية درر الأحكام» ٢/ ٣١٦.

وهٰذِه زائدة[١].

رد المضارب ما فضل
من النفقة عند قدومه من السفر إلى مال المضاربة

قال: (وإذا قدم رد ما فضل من كسوة وطعام إلى المال).

لأن السفر لما ٱنقطع ٱنقطعت نفقته[٢]. وهٰذِه زائدة[٣].

ذكر بعض ما تبطل به المضاربة

قال: (وتبطل بموت رب [ب/٢١٦أ] المال، وبردته[٤]، ولحاقه، وبموت المضارب دون ردته).

أما موت رب المال؛ فإنه مبطل[٥] للمضاربة؛ لأن المضارب إنما يتصرف بإذن رب المال، فإذا مات بطل الإذن، فلم يجز التصرف في مال الغير بغير إذنه، وكذلك إذا مات المضارب؛ لأنه بمنزلة الوكيل، وموت الوكيل مبطل للوكالة، ولا ينتقل ذلك إلى الورثة؛ كما تحققه من

---

(١) عبارة: (وهٰذِه زائدة) غير موجودة في (ج).

(٢) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ٢١٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٧٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٦-٣١٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٣، و«الدرر المختار» ٢/ ٦٥٨.

(٣) من قوله: (قال: وإذا قدم..) إلىٰ قوله: (وهٰذِه زائدة) غير موجود في (ج).

(٤) في (أ): (ردته) بدل (بردته).

(٥) في (ج): (يبطل) بدل (مبطل).

بعد، كذلك[١] هٰذا[٢].

وأما ردة رب المال، ولحاقه بدار الحرب مرتدًا[٣]، فمبطل أيضًا؛ لأن الحكم بلحاقه بدار الحرب يتنزل منزلة موته؛ لأن الحكم بلحاقه مزيل لملكه، وموجب لقسمة ماله بين ورثته[٤]. وأما ردة المضارب، فلا تبطل المضاربة؛ لأن له عبارة صحيحة ولا[٥] توقف في ملك رب المال، فبقيت المضاربة[٦].

وقوله[٧]: (دون ردته) من الزوائد.

عزل المضارب بدون علمه

قال: (ولا ينعزل بعزله ما لم يعلم).

إذا عزل رب المال المضارب، ولم يعلم بعزله، فاشترىٰ وباع، فتصرفه جائز؛ لأن المضارب وكيل رب المال في التصرف، وعزل الوكيل

(١) في (ج): (كذا) بدل (كذلك).
(٢) «الكتاب» ٢/ ١٣٥، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤-٢٥، و«الهداية» ٣/ ٢٠٨، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٠-٣٣١.
(٣) لفظ: (مرتدًا) غير موجود في (أ، ج).
(٤) «الكتاب» ٢/ ١٣٥، و(بدائع الصنائع» ٦/ ١١٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠٨، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣١.
(٥) في (ب): (فلا) بدل (ولا).
(٦) «المبسوط» ٢٢/ ١٢٧-١٢٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠٩، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣١، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٣٥.
(٧) عبارة: (وقوله) غير موجودة في (ج).

قصدًا[١] يتوقف على العلم[٢].

تصرف المضارب في رأس المال بعد علمه بعزله

قال: (وإذا علم[٣] فإن جانس رأس المال، لم يتصرف فيه، وإلا جعله من جنسه، وامتنع من التصرف).

إذا عزل رب المال المضارب، وعلم بعزله، فلا يخلو المال: إما أن يكون من جنس رأس المال، أو لا يكون؛ فإن كان من جنس رأس المال لم يجز له التصرف فيه ببيع ولا شراء؛ لأنه قد تبين حق المضارب في الربح، فيعمل العزل عمله، وإن كان المال عروضًا فله بيعها، ولا يمنعه العزل من ذلك؛ لأن حق المضارب ثابت في الربح وإنما [أ/١٩٢ب] يظهر بواسطة القسمة، ولا قسمة إلَّا بعد تعرف رأس المال، ولا وصول إليه إلَّا بالبيع، فإذا باعها وتعين الثمن لا يتصرف في الثمن، بل يمتنع من ذلك؛ لأن عدم إعمال العزل كان لمعنىٰ[٤] الجهالة برأس[٥] المال، فإذا[٦] تعين[٧] رأس المال[٨] اندفعت الضرورة المانعة من إعمال العزل، فعمل العزل عمله؛

(١) لفظ: (قصدًا) غير موجود في (أ، ب).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٣٥، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٥، و«الهداية» ٣/ ٢٠٩، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣١.

(٣) عبارة: (وإذا علم) غير موجودة في (ج).

(٤) في (ج): (بمعنىٰ) بدل (لمعنىٰ). (٥) في (ج): (وبرأس) بزيادة الواو.

(٦) لفظ: (فإذا) غير موجود في (ج)، وفي (ب): (وإذا)

(٧) في (ب): (تبين)، وفي (ج): (فتبين) بدل (تعين).

(٨) عبارة: (رأس المال) غير موجودة في (ب، ج).

عملًا بالمقتضىٰ[١]، وارتفاع المانع[٢].

افتراق المضارب ورب الدين، وفي المال ديون وأرباح، أو ديون فقط

قال: (وإذا اْفترقا، وفي المال ديونٌ وربح، أجبر على الاْقتضاء[٣]، وإن لم يكن ربح، وُكِّل رب المال فيه).

أما إذا كان المضارب قد[٤] ربح؛ فالربح في معنى الأجرة، وإذا كان أجيرًا أجبر على اْقتضاء المال.

وأما إذا[٥] لم يكن في المال ربح؛ فليس في معنى الأجير، بل هو وكيل محض، فيكون متبرعًا، ولا يجبر المتبرع.

---

(١) المُقْتَضَى: المستلزم، يقال: اْقتضىٰ أمرا، اْستلزمه، ومنه مقتضى النص، وهو: ما لا يدل عليه اللفظ، ولا يكون ملفوظًا، لكن يكون من ضرورة اللفظ. «التعريفات» للجرجاني ص٥٥، ٥٦، ٢٨١، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٨٢، ٦٧١، و«تعريفات ابن الكمال» ص١٨٢، و«معجم لغة الفقهاء» ص٦٣، مادة (اقتضاء) و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٤٣، مادة (قضىٰ).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٣٦، و«الهداية» ٣/ ٢٠٩، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٥-٣١٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣١.

(٣) الاْقْتِضَاءُ: أي المطالبة بقضاء الدين.
«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٥/ب، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٨٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣١، و«معجم لغة الفقهاء» ص٤٢٢، مادة (مقتضىٰ) و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٤٣، مادة (قضىٰ).

(٤) لفظ: (قد) غير موجود في (ب).

(٥) في (ب): (وإن) بدل (وأما إذا).

وإنما يوكل رب المال في الاقتضاء؛ لأن حقوق العقد تتعلق[١] به [جـ/٢٩١ب] فإذا لم يوكل في الاقتضاء، ولم يجبر هو علىٰ ذلك أدىٰ إلىٰ ضياع المال، والتوكيل به[٢] يحفظه فيؤمر به[٣].

صرفُ الهالك من رأس المال إلى الربح

قال: (ويُصرفُ الهالك إلى الربح).

إذا هلك من مال المضاربة شيء صرف الهالك إلىٰ[٤] الربح؛ لأن الربح تابعٌ، وصرف الهالك إلى التابع أولىٰ من صرفه إلى الأصل، كما في الزكاة، حيث يصرف إلى العَفْو[٥] دون النصاب[٦].

---

(١) في (جـ): (يتعلق) بدل (تتعلق).

(٢) لفظ: (به) غير موجود في (جـ).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٣٦، و«الفقه النافع» ٦/ ١٩٩٧، و«الهداية» ٣/ ٢٠٩، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٧، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٣٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣١-٣٣٢.

(٤) لفظ: (إلىٰ) غير موجود في (جـ).

(٥) العَفْوُ: يستعمل فقهاء الحنفية هٰذا المصطلح في باب الزكاة بمعنىٰ ما زاد على النصاب من المال.
«تبيين الحقائق» ١/ ٢٦٩، و«العناية على الهداية» ٢/ ١٩٧، «الجوهرة النيرة» ١/ ١٥٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٢٠٣، و«كشف الحقائق» ١/ ١٠٢، و«اللباب في شرح الكتاب» ١/ ١٤٥.

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٣-١١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٠٩، و«الاختيار» ٣/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٧-٦٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٢.

عدم ضمان المضارب الهالك الزائد على الربح

قال: (فإن زاد عليه لم يضمن المضارب).

لأنه أمين، ولا ضمان على الأمين[١].

أثر هلاك المال بعد اقتسامهما الربح قبل الفسخ أو بعده

قال: (ولو ٱقتسما الربح قبل الفسخ ثم هلك المال أو بعضه ترادًّا؛ ليستوفي المالك ماله، فإن فضل شيء ٱقتسماه، وإن كانا فسخا، ثم عقداها فهلك، لم يترادًّا).

إذا ٱقتسم المضارب ورب المال الربح، والمضاربة بحالها لم تفسخ، ثم هلك المال كله أو بعضه ترادا الربح، حتىٰ يستوفي رب المال رأس المال؛ لأن قسمة الربح فرع علىٰ تعين رأس المال؛ لكونه تبعا له[٢]، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن الذي ٱستوفياه إنما كان من رأس المال، فيجب على المضارب ضمان ما ٱستوفاه؛ لكونه قد أخذه لنفسه، وما أخذه رب المال فهو محسوب[٣] من رأس المال، ثم[٤] إذا ترادا الربح، واستوفى المالك ماله[٥] ففضل شيء ٱقتسماه؛ لأنه ربح،

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) لفظ: (له) غير موجود في (أ).

(٣) في (ج): (محبوس) بدل (محسوب).

(٤) لفظ: (ثم) غير موجود في (ج).

(٥) في (ج): (له) بدل (ماله).

وإن نقص عن ماله لم يضمن المضارب؛ لما[1] بيَّنَّا، وإن كان قد اقتسما[2] الربح، وفسخا المضاربة ثم جدداها، فهلك المال بعد العقد، لم يترادا الربح الأول.

والفرق بين المسألتين: أن المضاربة الأولىٰ هاهنا قد انتهت بالفسخ، والعقد الثاني عقد جديد، فهلاك المال في العقد الثاني لا يوجب انتقاض الأول[3] بخلاف المسألة الأولىٰ[4]، والله أعلم.

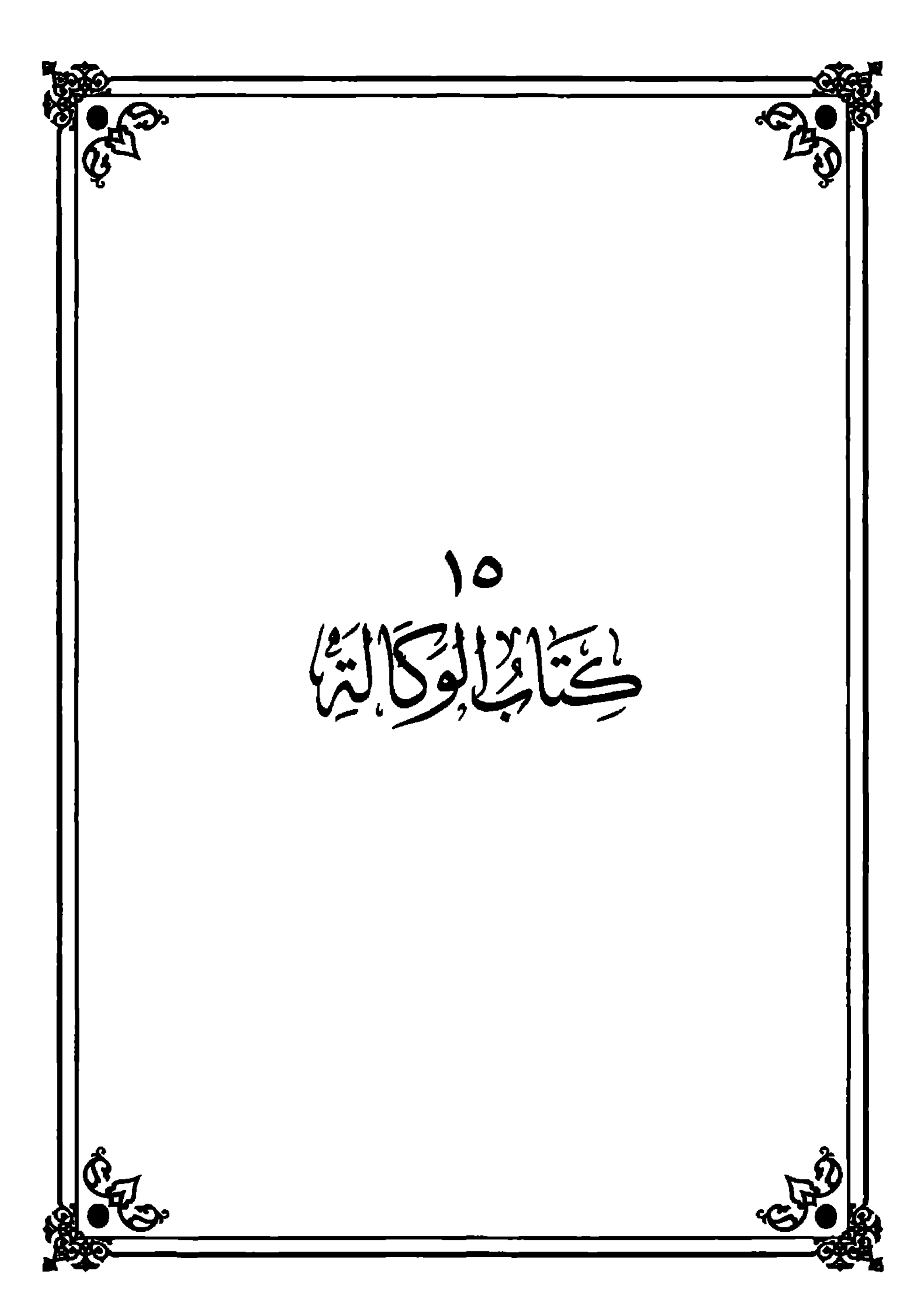
---

(١) لفظ: (لما) غير موجود في (ب).

(٢) في (ج): (اقتسماه) بدل (اقتسما).

(٣) لفظ: (الأول) غير موجود في (أ).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٣٧، و«الهداية» ٣/ ٢٠٩-٢١٠، و«الاختيار» ٣/ ٢٤-٢٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٦٨، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٣٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٢، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٨.



١٥

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة[١] [ب/٢١٦ب]

تعريف الوكالة، وبيان مشروعيتها

الوكالة في اللغة: الحفظ[٢]، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالىٰ بمعنى الحفيظ[٣]، وقد قال أصحابنا فيمن قال لآخر: وكلتك في كذا: أنه وكيل في الحفظ لا غير؛ عملًا بحقيقة اللفظ[٤].

ويجوز أن يكون مأخوذًا من التفويض، ومنه يقال: وكل الأمر إليه، إذا فوضه[٥]، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ وَمَآ أَنتَ عَلَيۡهِم بِوَكِيلٖ ﴾[٦] يعني: ليس عليك إلَّا التبليغ، دون القيام بأمورهم ومصالحهم، وهٰذا المعنىٰ بالفقه أليق[٧]،

---

(١) قال الميداني في «اللباب شرح الكتاب» ٢/ ١٣٨: (وجه المناسبة بينها وبين المضاربة ظاهر؛ لأن الوكالة من أحكامها).

(٢) «تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢٠٦، و«تهذيب الأسماء واللغات» ٤/ ١٩٥، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٢٥٨، و«لسان العرب» ٣/ ٩٧٧، مادة (وكل) و«المصباح المنير» ٢/ ٦٧٠، مادة (وكل) و«أنيس الفقهاء» ص٢٣٨.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «المبسوط» ١٩/ ٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٩-٢٠، و«الاختيار» ٢/ ١٥٦، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٢، و«البحر الرائق» ٦/ ١٣٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢١.

(٥) «تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢٠٦، و«تهذيب الأسماء واللغات» ٤/ ١٩٥، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٢٥٨، مادة (وكل) و«المصباح المنير» ٢/ ٦٧٠، و«أنيس الفقهاء» ص٢٣٨، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٧٣٢.

(٦) سورة الأنعام: آية ١٠٧.

(٧) الوكالة اصطلاحًا: (تفويض شخص أمره إلىٰ آخر، فيما يقبل النيابة؛ ليفعله في حياته). «كفاية الأخيار» ١/ ٢٧١، و«فتح الوهاب» ١/ ٢١٨، و«الإقناع» للشربيني ٢/ ٤٣، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢١٧، و«نهاية المحتاج» ٤/ ١٥.

والوكالة عقد مشروع بالإجماع[١]، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام (أعطىٰ عروة البارقي[٢] دينارًا؛ ليشتري له أضحية)[٣].

شروط صحة الوكالة

قال: (لا تصح إلَّا أن يكون الموكل مالكًا للتصرف وتلزمه الأحكام، والوكيل يعقل العقد ويقصده).

أما آشتراط[٤] مالكية الموكل[٥] للتصرف؛ فلأن الوكيل مستفيد لولاية التصرف من الموكل، فإذا لم يكن الموكل مالكًا للتصرف آستحالت[٦] نيابته عنه.

---

(١) «الاختيار» ٢/ ١٥٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٤، و«التفريع» ٢/ ٣١٥-٣١٦، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٣٩٤، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ٢/ ٤٥٠، و«الإجماع» ص١٥٩، و«كفاية الأخيار» ٢/ ٢٧٢، و«الإفصاح» ٢/ ١٠، و«المغني» ٥/ ٨٧، و«مراتب الإجماع» ص٦١.

(٢) هو: عروة بن الجَعْد، ويقال: ابن أبي الجعد، وقيل: أبوه عياض الأزدي، البارقي، صحابي، سكن الكوفة، له ثلاثة عشر حديثًا، ولي قضاء الكوفة لعمر رضي الله عنه، وهو أول من قضىٰ بها. «التاريخ الكبير» ٧/ ٣١، و«تهذيب الأسماء واللغات» ١/ ٣٣١، و«الإصابة» ٤/ ٢٣٦-٢٣٧، و«تهذيب التهذيب» ٧/ ١٧٨، و«التقريب» ص٣٨٩، و«الخلاصة» ص٢٦٤.

(٣) «صحيح البخاري» ٤/ ١٨٧، كتاب المناقب، باب: حدثني محمد بن المثنىٰ، و«سنن أبي داود» ٣/ ٢٥٦، رقم ٣٣٨٤، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، و«سنن الترمذي» ٣/ ٥٥٩، رقم ١٢٥٨، كتاب البيوع، باب حدثنا أبو كريب، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٨٠٣، رقم ٢٤٠٢، كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه، فيربح.

(٤) لفظ: (اشتراط) غير موجود في (أ، ب).

(٥) في (ب): (الوكيل) بدل (الموكل). (٦) في (أ): (واستحالت) بزيادة حرف الواو.

وأما ٱشتراط عقل الوكيل وقصده لما يعقده؛ فلأن الوكيل يقوم مقام الموكل في عباراته[١]، فلابد أن يكون من أهل العبارة.

والفائدة في ٱشتراط ذلك: أن وكالة الصبي الذي لا يعقل، باطلة، وكذلك [جـ/ ٢٩٢أ] المجنون[٢].

توكيل الحر البالغ، أو المأذون مثلهما، أو صبيًا وعبدًا محجورين عاقلين

قال: (فإذا[٣] وكل الحرُّ البالغ، أو المأذون مثلهما جاز، أو صبيًا أو عبدًا محجورين عاقلين، جاز، وتتعلق الحقوق بموكليهما).

أما الأول؛ فلاجتماع شروط صحة الوكالة من مالكية التصرف للموكل[٤]، وأهلية الوكيل.

وأما الثاني؛ فلأن الصبي العاقل للعقد من أهل العبارة، ألا ترىٰ أن تصرفه جائز[٥] نافذ عند الإذن من المولىٰ، والعبد من أهل التصرف والملك علىٰ نفسه، وعدم النفاذ مخصوص بالمولىٰ؛ لحقه، والتوكيل

---

(١) في (أ، جـ): (عبارته) بدل (عباراته).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٣٩-١٤٠، و«الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٣/ ١٥٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٢٢١-٢٢٢.

(٣) في (ب): (وإذا) بدل (فإذا).

(٤) لفظ: (للموكل) غير موجود في (جـ).

(٥) لفظ: (جائز) غير موجود في (أ، ب).

ليس تصرفًا في حقه، فصحت الوكالة، إلَّا أن[١] الحقوق المتعلقة بالعقد لا ترجع[٢] إليهما، بل إلىٰ موكلهما.

أما الصبي؛ فلقصور أهليته، وأما العبد؛ فلحق سيده[٣].

قال صاحب «الهداية»: (وعن أبي يوسف ﷺ: أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبي أو عبد، فله الخيار، إن شاء فسخ؛ لأنه دخل في العقد علىٰ أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير، كما إذا عثر علىٰ عيب)[٤].

القاعدة فيما تجوز فيه الوكالة من العقود

قال: (ويجوز بكل عقد للموكل مباشرته).

كل عقد يجوز للإنسان أن يعقده بنفسه، يجوز له أن يوكل به غيره؛ فإن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه في بعض الأحوال، أو لأن غيره أهدىٰ منه إلىٰ معرفة المصالح، فيجوز له أن يوكله[٥]؛ إما[٦] دفعًا لضرر العجز عن نفسه[٧]؛ أو تحصيلًا لتلك المنفعة[٨].

---

(١) في (ب): (لأن) بدل (إلا أن).

(٢) في (ج): (لا يرجع) بالياء التحتانية، بدل (لا ترجع).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٤٠، و«الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٣/ ١٥٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٢.

(٤) «الهداية» ٣/ ١٣٧.

(٥) عبارة: (أن يوكله) غير موجودة في (أ).

(٦) لفظ: (إما) غير موجود في (ج).

(٧) عبارة: (عن نفسه) غير موجودة في (أ).

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٣٨، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ١٥٦، و«تبيين الحقائق»

وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام (وكل بالشراء حكيم بن حزام[1])[2].

٤/ ٢٥٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ٩١.

(١) هو: حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى الأسدي، القرشي، أبو خالد المكي، صحابي مشهور، أسلم يوم الفتح، ابن أخي خديجة أم المؤمنين ﵂، له أربعون حديثًا، وكان أحد الأشراف الأجواد، توفي بالمدينة سنة ٥٤هـ.
«التاريخ الكبير» ٣/ ١١، و«الجرح والتعديل» ٣/ ٢٠٢، و«العبر» ١/ ٤٣، و«تهذيب التهذيب» ٢/ ٤٤٧-٤٤٨، و«التقريب» ص١٧٦، و«الخلاصة» ص٩٠، و«الأعلام» ٢/ ٢٦٩.

(٢) «سنن أبي داود» ٣/ ٢٥٦، رقم [٣٣٨٦] كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، و«سنن الترمذي» ٣/ ٥٥٨، رقم [١٢٥٧] كتاب البيوع، باب: حدثنا أبو كريب، وقال: (لا نعرفه إلَّا من هٰذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام).
قال العلائي في «الكلام في بيع الفضولي» ص٣٣: (حبيب بن أبي ثابت مدلس، وقال فيه علي بن المديني: لقي ابن عباس، وسمع من عائشة، ولم يسمع غيرها من الصحابة ﵃) ا.هـ.
وقال الخطابي في «معالم السنن» ٥/ ٤٩: (الحديث غير متصل، فيه رجل مجهول، لا يدري من هو).
وقال المنذري في «مختصر سنن أبي داود» ٥/ ٨٠: (في إسناده مجهول).
وقال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٦٤: (رواه أبو داود، والترمذي، من حديث حكيم بن حزام، وفي سنده أنقطاع).
وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٩٠: (في إسناده رجل مجهول).
وقال المباركفوري في «تحفة الأحوذي» ٤/ ٤٧٠: (الحديث منقطع).

وبالتزويج عمر[١] ابن أم سلمة[٢])[٣].

---

(١) هو: عمر بن عبد الله أبي سلمة بن عبد الأسد بن هلال المخزومي، ولد بالحبشة سنة (٢) صحابي جليل، رباه النبي ﷺ، وولي البحرين زمن علي ﷺ، وشهد معه وقعة الجمل، له اثنا عشر حديثًا، توفي بالمدينة سنة (٨٣هـ).
«الجرح والتعديل» ٦/ ١١٧، و«الإصابة» ٤/ ٢٨٠-٢٨١، و«تهذيب التهذيب» ٧/ ٤٥٥-٤٥٦، و«التقريب» ص٤١٣، و«الخلاصة» ص٢٨٣، و«الأعلام» ٥/ ٥١-٥٢.

(٢) أم سلمة هي: هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم المخزومية، أم سلمة، أم المؤمنين، تزوجها النبي ﷺ بعد أبي سلمة عبد الله بن الأسد بن هلال المخزومي، سنة أربع، وقيل: ثلاث، توفيت سنة (٦٢هـ) وقيل: سنة (٦١هـ).
«الطبقات الكبرىٰ» ٨/ ٨٦-٩٦، و«العبر» ١/ ٤٨، و«الإصابة» ٨/ ٢٠٣-٢٠٤، و«تهذيب التهذيب» ١٢/ ٤٥٥-٤٥٧، و«التقريب» ٧٥٤، و«الخلاصة» ٤٩٦.

(٣) «سنن النسائي» ٦/ ٨١-٨٢، رقم [٣٢٥٤] كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمَّه، ومسند أحمد ٦/ ٣١٧، و«صحيح ابن حبان مع الإحسان» ٧/ ٢١٢-٢١٣، رقم [٢٩٤٩] كتاب الجنائز، باب ذكر الأمر بالاسترجاع لمن أصابته مصيبة، وسؤاله الله جل وعلا أن يبدله خيرًا منها، و«مستدرك الحاكم» ٢/ ١٧٨-١٧٩، كتاب النكاح، وقال: (هذا حديث صحيح علىٰ شرط مسلم، ولم يخرجاه. و«سنن البيهقي» ٧/ ١٣١، كتاب النكاح، باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة.
قال ابن حجر في «الإصابة» ٢/ ٢٠٣: (الحديث في الصحيح من طرق) ا.هـ.
فائدة: اختلف في الذي زوج أم سلمة من رسول الله ﷺ، فقيل: عمر بن أبي سلمة، وقيل: ابن عمها عمر بن الخطاب.
ينظر «الطبقات الكبرىٰ» ٨/ ٩٢، و«التحقيق في أحاديث الخلاف» ٢/ ٢٦٦، و«زاد المعاد» ١/ ١٠٧، ١٠٨، «نصب الراية» ٤/ ٩٣، و«الدراية» ٢/ ١٧٤، و«نيل الأوطار» ٧/ ٢١٦.

جواز الوكالة في الخصومة، وإيفاء الحقوق واستيفائها غير الحدود والقصاص

قال: (ويجوز بالخصومة في [١/١٩٣] سائر الحقوق، وبإيفائها، واستيفائها إلَّا في الحدود، والقصاص، فلا يجوز ٱستيفاؤهما عند غيبة الموكل).

أما جواز التوكيل بالخصومة؛ فلما سبق، وليس كل أحد يهتدي إلىٰ وجوه الخصومات، وقد وكل علي ﷺ عقيلًا[١] وعبد الله[٢] بن جعفر[٣] ﷺ.

---

(١) هو: عقيل بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي، القرشي، أبو يزيد، صحابي، عالم بالنسب، فصيح اللسان، شديد الجواب، وأخو (علي) و(جعفر) ﷺ لأبيهما، وكان أسن منهما، أسلم بعد الحديبية، وهاجر إلى المدينة سنة (٨)هـ توفي سنة (٦٠هـ).

«تهذيب الأسماء واللغات» ١/ ٣٣٧، و«الإصابة» ٤/ ٢٥٥، و«تهذيب التهذيب» ٧/ ٢٥٤، و«التقريب» ص٣٩٦، و«الخلاصة» ٢٦٩-٢٧٠، و«الأعلام» ٤/ ٢٤٢.

(٢) هو: عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي، القرشي، أبو جعفر، ولد بأرض الحبشة سنة (١)هـ، وله صحبة، وكان كريمًا، يسمىٰ: بحر الجود، كان أحد الأمراء في جيش علي ﷺ يوم صفين، مات بالمدينة سنة (٨٠هـ).

«التاريخ الكبير» ٥/ ٧، و«العبر» ١/ ٦٧، و«تهذيب التهذيب» ٥/ ١٧٠-١٧١، و«التقريب» ص٢٩٨، و«الخلاصة» ص١٩٣، و«الأعلام» ٤/ ٧٦.

(٣) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ٨١، كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، من طريق محمد بن إسحاق، عن جَهْم بن أبي الجَهْم، عن عبد الله بن جعفر، قال: (كان علي يكره الخصومة، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيلًا، فلما كبر عقيل وكلني).

رواه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» ٨/ ٢٩٢، رقم (١١٩٥)، (١١٩٥٢) كتاب الصلح، باب الوكالة.

وعند مساس الحاجة، وثبوت الإمكان الشرعي تثبت الشرعية، وأما بالإيفاء والاستيفاء في الحقوق ما عدا الحدود والقصاص، حيث لا يجوز ٱستيفاؤهما عند غيبة الموكل؛ فلأنهما يندرئان[1] بالشبهة، وشبهة عفو الموكل ثابتة بشهادة الظاهر؛ لأن العفو مندوب إليه في الشرع بخلاف ما إذا حضر؛ لانتفاء هٰذِه الشبهة، وبخلاف غيبة الشاهد؛ لأن الظاهر عدم الرجوع، والحاجة ماسة إلى الاستيفاء، وليس كل أحد عالما بطرق الاستيفاء، فلو منع منه أدىٰ إلى الحرج[2].

دراسة بعض رجال السند: محمد بن إسحاق: قال عنه ابن حجر في «طبقات المدلسين» ص٥١، رقم (١٢٥): (صدوق، مشهور بالتدليس عن الضعفاء والمجهولين، وعن شر منهم، وصفه بذلك أحمد والدارقطني وغيرهما) ا.هـ.

وقال ابن حجر في «طبقات المدليس» ص١٤: (الرابعة: من ٱتفق علىٰ أنه لا يحتج بشيء من حديثهم إلَّا بما صرحوا فيه بالسماع لكثرة تدليسهم على الضعفاء والمجاهيل) ا.هـ.

قلت: هنا محمد بن إسحاق لم يصرح بالسماع، كما هو ظاهر من سياق السند.

جهم بن أبي الجهم: قال الذهبي في «ميزان الاعتدال» ١/٤٢٦، رقم ١٥٨٣: (جهم بن أبي الجهم، عن ابن جعفر بن أبي طالب، وعنه محمد بن إسحاق، لا يعرف).

وقال عنه ابن حجر في «تعجيل المنفعة» ص٧٤، رقم ١٥١: (مجهول).

(١) يَنْدرِئان: درأ يدرأ درءًا إذا دفع، فالدرء: الدفع.
«الصحاح» ١/٤٨، مادة (درأ)، و«النهاية» ٢/١٠٩، و«المصباح المنير» ١/١٩٤، مادة (دري) و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٣٣٥.

(٢) «الكتاب» ٢/١٣٨-١٣٩، و«المبسوط» ١٩/٥، ٩، و«الهداية» ٣/١٣٦، و«الاختيار» ٢/١٥٧، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٥٥، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/٢٨٢، و«مجمع الأنهر» ٢/٢٢٣.

التوكيل بإثبات الحدود والقصاص

قال: (والتوكيل بإثباتهما جائز، ويخالفه، وقيل: الخلاف في الغيبة).

قال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بالبينة[١]، وهو قول زفر[٢] رحمه الله. [جـ/٢٩٢ب]

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجوز التوكيل بإثباتهما، ثم يستوفي الموكل[٣]. والقولان روايتان عن محمد[٤] رحمه الله.

وقيل: هٰذا الخلاف مختص بغيبة الموكل دون حضرته؛ فإنه إذا كان حاضرًا فكلام[٥] الوكيل ينتقل إلى الموكل، فكأنه تكلم بنفسه[٦]. وهٰذِه من الزوائد.

لأبي يوسف رحمه الله: أن هٰذا الباب[٧] [ب/٢١٧أ] مما يندرئ بالشبهة،

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٠٩، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٢٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢١، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣.

(٢) «المستجمع شرح المجمع» ورقة / ٣٨١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٠٩، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٢٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢١، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣.

(٤) «الهداية» ٣/ ١٣٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣.

(٥) في (جـ): (وكلام) بدل (فكلام).

(٦) «الهداية» ٣/ ١٣٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣.

(٧) في (جـ): (الكتاب) بدل (الباب).

والتوكيل إنابة، وأنها غير جائزة في العلة، فكذا في الشرط؛ لأن الشهادة على الشهادة فيه لا تجوز؛ لأن شهادة الفرع بدل، والشهادة علة الظهور، وكذلك الشرط الذي هو الدعوىٰ والخصومة والإثبات؛ ٱعتبارًا بالعلة.

ولأبي حنيفة ﷺ: أن مساس الحاجة إلىٰ شرعيته قائمٌ؛ فإن الناس متفاوتون في الدعوىٰ والإثبات بالبينات، وقد لا يحسن ذلك صاحب الحق، فيحتاج إلىٰ توكيلِ من يحسنه، وإلا يتضرر بالمنع من ذلك، فينتفي بالنافي، ولا يلزم من ٱمتناع البدل في علة الظهور ٱمتناعه[1] في الشرط؛ ألا ترىٰ أن شهادة النساء مع الرجال لا تسمع في علة الرجم، وتسمع في شرطه[2] -وهو الإحصان؛ للتفاوت بين العلة والشرط؛ لأن الحكم يضاف إلى العلة دون الشرط[3].

اشتراط رضا الخصم في التوكيل بالخصومة، وما يستثنى من ذلك

قال: (ورضا الخصم في التوكيل بالخصومة شرط اللزوم، إلَّا أن يكون الموكل مسافرًا، أو مريضًا، أو مُخَدَّرة[4]).

قال أبو حنيفة ﷺ: التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم -والموكل

(١) في (أ، ج): (امتناعها) بدل (امتناعه).

(٢) في (ج): (شرط) بدون ضمير، بدل (شرطه).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢١، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥-٢٥٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣.

(٤) مُخَدَّرةٌ: وهي المرأة التي لم تجر عادتها بالبروز، وحضور مجلس الحكم، أو الخروج لقضاء حوائجها.

صحيح مقيم- لا يلزم، أي: لا يسقط حق الخصم في طلب الحضور، والدعوىٰ، والجواب بنفسه[١].

وقالا: رضاه ليس بشرط، ويلزم حكمه، ويسقط حقه في إحضاره ودعواه بنفسه[٢]، وهو قول الشافعي[٣].

هٰذا الخلاف هو الصحيح.

قال صاحب «الهداية»: (ولا خلاف في الجواز، وإنما الاختلاف في اللزوم)[٤]؛ ولذلك زاد في المتن هٰذِه اللفظة.

لهما: أن الدعوىٰ خالص حق المدعي، له فعلها وله تركها، فله أن يدعي بنفسه، وله أن يفوض إلىٰ نائبه، كقبض الدين[٥] وتقاضيه.

وله: أن الجواب[٦] مستحق على الخصم، ولذلك[٧] يجب إحضاره، والناس متفاوتون في الخصومة؛ قال عليه الصلاة والسلام: «إنكم لتختصمون

«مختار الصحاح» ص١٧٠، مادة (خدر)، و«المصباح المنير» ١/ ١٦٥، مادة (خدر)، و«القاموس المحيط» ص٣٤٦، مادة (خدر)، و«معجم لغة الفقهاء» ص٣٨٥، مادة (مخدرة) و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٢٠، مادة (خدر).

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٠٨، و«الكتاب» ٢/ ١٣٩، و«المبسوط» ١٩/ ٧، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٣٨٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «الأم» ٣/ ٢٣٣، و«مختصر المزني» ص١١٠، و«التنبيه» ص١٠٨، و«المهذب» ١/ ٣٥٥، و«النكت» ٣/ ٧٩٧، و«الوجيز» ١/ ١٨٨، و«روضة الطالبين» ٤/ ٢٩٣.

(٤) «الهداية» ٣/ ١٣٦.

(٥) عبارة: (كقبض الدين) غير موجودة في (أ).

(٦) في (أ، ب): زيادة (لما كان) بعد قوله: (الجواب).

(٧) في (أ): (وكذلك) بدل (ولذلك).

لدي، ولعل بعضكم ألحن[(١)] بحجته[(٢)] من بعض»[(٣)]. فيجوز[(٤)] أن يلحق الخصم ضررٌ بالدعوىٰ والخصومة من الوكيل[(٥)] مالا يلحقه من الموكل، فيتوقف اللزوم علىٰ رضاه؛ كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما، يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر؛ لعدم ٱستحقاق الجواب عليهما، وبخلاف قبض الدين، وتقاضيه؛ لأنه خالص حقه، ولا تفاوت فيه[(٦)].

وأما المخدرة واستثناؤها من الزوائد.

فإذا لم يكن لها عادة بالبروز، وحضور مجلس القضاء، قال أبو بكر الرازي ﵀: يلزم التوكيل؛ لأنها لو حضرت لا تنطق بحقها؛ لغلبة الحياء، فيلزم توكيلها[(٧)].

---

(١) أَلْحَنُ: أي أعرف بالحجة، وأفطن لها من غيره.
«غريب الحديث» لابن الجوزي ٢/ ٣١٩، و«النهاية» ٤/ ٢٤١، و«المصباح المنير» ٢/ ٥٥١، مادة (لحن) و«المعجم الوسيط» ٢/ ٨٢٠، مادة (لحن).

(٢) لفظ: (بحجته) غير موجود في (ج).

(٣) «صحيح البخاري» ٣/ ١٦٢، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، و«صحيح مسلم» ٣/ ١٣٣٧، رقم [١٧١٣] كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، و«سنن أبي داود» ٣/ ٣٠١، رقم [٣٥٨٣] كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، و«سنن الترمذي» ٣/ ٦٢٤، رقم [١٣٣٩] كتاب الأحكام، باب ما جاء في التشديد علىٰ من يُقْضىٰ له بشيء، فليس له أن يأخذه، و«سنن النسائي» ٨/ ٢٣٣، رقم [٥٤٠١] كتاب آداب القضاة، باب الحكم بالظاهر.

(٤) في (ج): (ليجوز) بدل (فيجوز).

(٥) في (ج): (بالوكيل) بدل (من الوكيل).

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢، و«الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار) ٢/ ١٥٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٣-٢٢٤.

(٧) نقل ذلك عن أبي بكر الرازي، المرغياني في «الهداية» ٣/ ١٣٧، وتنظر المسألة في: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٥، و«البحر

قال صاحب «الهداية»: [وهٰذا شيء ٱستحسنه المتأخرون][(1)].

إقرار الوكيل على موكله في مجلس الحكم

قال: (ولو أقر علىٰ موكله في مجلس [جـ/١٢٩٣] الحكم ٱعتبرناه).

قال علماؤنا رحمهم الله: إذا أقر الوكيل بالخصومة علىٰ موكله في مجلس القاضي ينفذ علىٰ موكله[(2)].

وقال زفر: لا ينفذ[(3)].

وهو قول الشافعي[(4)] رحمه الله؛ لأنه أتىٰ بالمأمور به من قبل الموكل؛ لأنه مأمور بالخصومة لا بالإقرار، فلا يكون إقراره إقرار موكله[(5)].

الرائق» ٧/ ١٤٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ٩٢.

(١) «الهداية» ٣/ ١٣٧.

وينظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٤.

(٢) «الجامع الصغير» ص٤٠٦، و«الكتاب» ٢/ ١٥١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٩، و(البحر الرائق» ٧/ ١٨١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٣.

(٣) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٣/ب ،و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ١٥١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٣.

(٤) «الأم» ٣/ ٢٣٢، و«مختصر المزني» ص١١٠، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ٢/ ٤٥٣، و«المهذب» ١/ ٣٥٨، و«النكت» ٣/ ٨٠٦، و«الوجيز» ١/ ١٩٢، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٢٠.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ١٥١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨١، و«مجمع الأنهر) ٢/ ٢٤٣، و«المهذب» ١/ ٣٥٨، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٢٠.

ولنا: أنه أتىٰ بالمأمور؛ فإنه مأمور بالجواب عنه في مجلس القاضي، وما أتىٰ به من الإقرار جواب؛ فيكون[1] كالموجود من الموكل. ولا يقال: إنه مأمور بجواب، هو إنكار؛ لأن التوكيل بالخصومة ٱستعانة على الإنكار والدفع دون الٱلتزام والإقرار؛ لأنَّا نقول: إنما هو مأمور بجواب هو[2] صدق؛ بدلالة حال[3] الموكل، وما أتىٰ به من الإقرار جواب هو صدق؛ بدلالة حال الوكيل[4]، فنفذ[5]؛ لوجود من هو قائم مقامه[6].

اشتراط المجلس لصحة إقرار الوكيل على موكله

قال: (ولا يُشْتَرط المجلس).

قال أبو يوسف ﷺ: إذا أقر الوكيل بالخصومة علىٰ موكله، صح، ولزمه مطلقًا، ولا يشترط له[7] حضور مجلس الحكم[8]، وهٰذا

(١) في (ج): (ليكون) بدل (فيكون).

(٢) من قوله: (إنكار؛ لأن التوكيل بالخصومة...) إلىٰ قوله: (مأمور بجواب هو) غير موجود في (أ).

(٣) في (ج): (حالة) بدل (حال).

(٤) في (أ): (التوكيل) بدل (الوكيل).

(٥) في (ج): زيادة (من هو) بعد قوله: (الوكيل).

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ١٥١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٠، «البحر الرائق» ٧/ ١٨١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٣-٢٤٤.

(٧) لفظ (له) غير موجود في (ج).

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٥١، و«منظومة النسفي» لوحة ٤٧/ب، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٢٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٩-٢٨٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨١.

هو قوله[١] المرجوع إليه، وكان يقول أولا: إن الإقرار عليه باطل مطلقا[٢]، ثم رجع عنه.

وقال[٣] أبو حنيفة ومحمد ﷺ: لا يلزم، إلّا إذا كان الإقرار في مجلس القضاء[٤][٥].

له: أنه نائبه وقائم مقامه، وإقرار الوكيل نافذ علىٰ نفسه أمين ما كان، فكذا إقرار نائبه.

ولهما: أنه بالإقرار في [ب/٢١٧ب] غير مجلس الحكم أتىٰ بغير ما أمر به، [أ/١٩٣ب] فلا ينفذ، وهٰذا؛ لأنه مأمور بجواب يجب عليه عند دعوى الخصم بدلالة العرف، فكانت النيابة عنه في الجواب عند دعوى الخصم في مجلس القاضي، ووجوب الجواب على الموكل، فينفذ ما يجيب به[٦] عنه حينئذ، وما يأتي به من الجواب من الإقرار أو[٧] الإنكار حينئذ، فهو جوابه، فينفذ[٨]، وأما في غير مجلس القاضي، فليس مأمورًا بالجواب عنه، فلا ينفذ[٩].

---

(١) في (أ): (قول) بدل (قوله).

(٢) «منظومة النسفي» لوحة ٤٧/ب، و«الهداية» ٣/ ١٥١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٣.

(٣) في (أ): (قال) بدون الواو.

(٤) في (ج): (القاضي) بدل (القضاء).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٥١، و«منظومة النسفي» لوحة ٤٧/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، «والهداية» ٣/ ١٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨١.

(٦) لفظ: (به) غير موجود في (ج).

(٧) في (ب): (و) بدل (أو).

(٨) من قوله: (ما يجيب عنه حينئذ) إلىٰ قوله: (حينئذ، فهو جوابه، فينفذ) غير موجود في (أ).

(٩) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ١٥١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٣-٢٤٤.

جعل الوكيل بالخصومة وكيلًا بالقبض

قال: (وجعلنا الوكيل بالخصومة وكيلًا بالقبض، ويفتىٰ بقول زفر).

قال علماؤنا: الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض[١]. وقال زفر رحمه الله: لا يكون وكيلًا بالقبض، وعليه الفتوىٰ[٢]. والإشارة إلى الفتوىٰ من الزوائد.

وجه قول أصحابنا: أن تمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض[٣]، والمالك للشيء مالك لتمامه[٤].

ووجه المفتىٰ به: أن القبض غير الخصومة، وإنما هو وكيل بالخصومة، وقد يرتضىٰ[٥] لها من لا يرتضىٰ[٦] للقبض[٧].

قال صاحب «الهداية»: (الفتوى اليوم علىٰ قول زفر رحمه الله؛ لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض[٨]، ونظيره الوكيل بالتقاضي؛ يملك القبض علىٰ أصل الرواية،

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٠، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٢٩، و«الهداية» ٣/ ١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤١.

(٢) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٢٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤، و«الهداية» ٣/ ١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤١.

(٣) من قوله: (وعليه الفتوىٰ ...) إلىٰ قوله: (وانتهاؤها بالقبض) غير موجود في (أ).

(٤) في (أ): (بتمامه) بدل (لتمامه).

(٥) في (أ): (يرضىٰ) بدل (يرتضىٰ).

(٦) في (أ): (يرضىٰ) بدل (يرتضىٰ).

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٤-٢٥، و«الهداية» ٣/ ١٤٩-١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤-١٦٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤١.

(٨) عبارة: (من لا يؤتمن على القبض) غير موجودة في (ج).

والفتوىٰ علىٰ أنه لا يملكه)[١].

جعل الوكيل بقبض الدين وكيلًا بالخصومة

قال: (والوكيل بقبض الدين وكيلٌ بالخصومة، وقولهما رواية، وبقبض العين لا يكون وكيلًا بها).

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الوكيل بقبض الدين وكيلٌ بالخصومة، حتىٰ لو أقيمت عليه البينة على ٱستيفاء الموكل[٢] أو إبرائه، يقبل عنده[٣].

وقالا[٤] - وهو رواية الحسن بن زياد، عن أبي حنيفة[٥] رضي الله عنه: لا يكون وكيلًا بها. وأجمعوا علىٰ أن الوكيل بقبض [جـ/٢٩٣ب] العين لا يكون وكيلًا بالخصومة[٦]. والرواية والإجماع زائدان.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٤٩-١٥٠.

(٢) في (ب): زيادة (بقبض) بعد قوله: (الموكل).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٠، و«المبسوط» ١٩/ ٦٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٩.

(٤) «المبسوط» ١٩/ ٦٨، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٦/ ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٠.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و(شرح مجمع البحرين» ١٥٦/ ب، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٩، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٠.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٣، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٠.

لهما في «الخلافية»: أن المأمور به هو القبض، والقبض غير الخصومة، فلا يتناول الخصومة، كالوكيل[١] بقبض الوديعة، علىٰ أنه قد يستصلح[٢] للقبض من لا يستصلح[٣] للخصومة، فلم يكن الرضا[٤] به رضا بها.

وله: أن قبض الدين حقيقة لا يتصور؛ لأنه وصف قائم بالذمة، وإنما أقيم مثله مقامه وجعل كقبض العين حكما شرعيا؛ للضرورة؛ فإن الديون تقضىٰ[٥] بأمثاله لا بأعيانها، وإذا كان كذلك كان الأمر به أمرًا بالتملك؛ فينتصب خصمًا كالوكيل بقبض الشفعة، فإنه يقبل عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة، وصار كالوكيل[٦] بالرجوع في الهبة.

وحاصل الخلاف: أنهما ينظرا إلى القبض؛ فإنه هو المقصود بالتوكيل، والتملك يثبت ضرورة، فألحقاه بقبض الوديعة، وأبو حنيفة[٧]

ملحوظة: لعل مراد المؤلف بالإجماع إجماع الحنفية؛ بدليل اقتصاره في المسألة التي قبلها على الخلاف بينهم.

وقال ابن قدامة في «المغني» ٥/ ١٠٠: (وإن وكله في قبض حق، فجحد من عليه الحق، كان وكيلًا في تثبيته عليه في أحد الوجهين، وبه قال أبو حنيفة، والآخر ليس له ذلك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ...، ولا فرق بين كون الحق عينًا أو دينًا، وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: إن وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها) ا.هـ

(١) في (أ، ب): (كالتوكيل) بدل (كالوكيل).

(٢) في (ج): (يحصل) بدل (يستصلح).

(٣) قوله: (للقبض من لا يستصلح) غير موجود في (ج).

(٤) في (ج): (الراضي) بدل (الرضا).

(٥) في (ج): (تقتضىٰ) بدل (تقضىٰ).

(٦) في (أ، ج): (كالتوكيل) بدل (كالوكيل).

(٧) في (أ): زيادة (يقول) بعد قوله: (أبو حنيفة).

لاحظ في الأمر بالقبض بطريق المقاصة، والأمر بنفس المقاصة، وهي تمليك وتملك، فيكون خصمًا كالوكيل بأخذ الشفعة؛ لأن في الأمر بالتملك والتمليك، كذا هٰذا.

وأما الوكيل بقبض العين، فلا يكون وكيلًا بالخصومة إجماعًا، وهٰذا؛ لأنه أمين محض، والقبض ليس بمبادلة، فأشبه الرسول، حتىٰ إن من وكل وكيلًا بقبض عبدٍ له عند آخر، فأقام من هو في يده الحجة أن الموكل باعه إياه، وقف الأمر إلىٰ حضور الغائب ٱستحسانًا، والقياس: أن لا يقف[1]؛ لأن هٰذِه البينة قامت علىٰ غير خصم، فلا يعتبر، ووجه الٱستحسان: أنها بينة قامت علىٰ خصمٍ في قصر اليد لا غير؛ لأنه قائم مقام موكله في القبض، فتقصر[2] يده، حتىٰ لو حضر الغائب يعاد إقامة البينة بالبيع، وصار كما لو أقام من هو في يده البينة أن الموكل عَزَله عن القبض، فإنها تقبل[3] في قصر يد الوكيل، كذا هٰذا[4].

---

(١) في (ب، ج): (يوقف) بدل (يقف).

(٢) في (أ): (فتقتصر) بدل (فتقصر).

(٣) في (ج): (يقبل) بالياء التحتانية بدل (تقبل).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٨-٢٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٢-٢٤٣.

ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه

قال: (ولو ٱدعىٰ أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغَرِيم[١] أمر التسليم إليه، فإذا حضر فإن صدقه، وإلا سلم ثانيا، ورجع على الوكيل إن كان في يده، وإن هلك لم يرجع إلَّا أن يكون دفعه إليه مضمنًا[٢] له، أو غير مصدق).

إنما يؤمر الغريم بتسليم الدين إلى الوكيل عند تصديقه إياه في الوكالة؛ لأنه أقر علىٰ نفسه؛ لأن[٣] ما يقتضيه[٤] من الدين ماله، فإذا حضر الغائب، فإنه صدَّقَ الوكيل، فلا كلام فيه، وإن كذبه أمر الغريم بدفع الدين إليه مرة ثانية؛ لأنه[٥] بإنكار الوكالة لم يثبت [ب/٢١٨] ٱستيفاء الدين، والقول قوله في الإنكار مع يمينه، فيكون الأداء السابق إلى الوكيل فاسدًا، ثم يرجع به الغريم على الوكيل إذا كان قائمًا في يده؛ لأن غرض الغريم بالدفع إليه ليس مجرد الدفع، ولكن تحصيل براءة ذمته من دين الغائب، ولم

---

(١) الغَرِيم: من له الدين، وكذا من عليه الدين، والمراد به هنا: من عليه الدين. «الصحاح» ٥/ ١٩٩٦، مادة (غرم)، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص١٠١-١٠٢، و«المصباح المنير» ٢/ ٢٤٦، مادة (غرم) و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٥٣٧، و«النظم المستعذب في شرح غريب المهذب» ١/ ٣١٨.

(٢) في (ج) بعد كلمة (مضمنا له) زيادة عبارة: (ورجع على الوكيل، إن كان في يده، وإن هلك لم يرجع).

(٣) في (ب): (بأن) بدل (لأن).

(٤) في (ب): (ما يقضيه) بدل (ما يقتضيه).

(٥) في (أ، ج): (لأنه) بدل (لأن).

يحصل له[١]، فكان له نقض ذلك القبض[٢]، وإن كان قد هلك في يد الوكيل لم[٣] يرجع عليه بشيء[٤]؛ لأنه لما صدقه [جـ/٢٩٤أ] في الوكالة[٥] فقد ٱعترف أنه محق[٦] في القبض، فيكون مظلومًا من جهة نفسه في الأخذ منه، فلا ينقلب ظالمًا لغيره بعد ٱعترافه بكون القبض حقًا، إلَّا أن يكون عند الدفع إلى الوكيل قد ضمنه إياه؛ لأن ما أخذ منه ثانيا يكون مضمونا عليه في زعم الغريم والوكيل، وهٰذِه كفالة مضافة إلىٰ حالة القبض، فيصح، كالكفالة[٧] بما ذاب[٨] له علىٰ فلان، أو يكون الغريم عند الدفع لم يصدقه في الوكالة، وإنما دفع إليه علىٰ دعواه؛ لأنه يكون دافعًا إليه علىٰ رجاء أن يجيز الغائب، فإذا حضر، ولم يُجز، ٱنقطع رجاؤه، فيرجع عليه بما دفعه إليه، وكذا لو دفعه إليه مكذبًا له في الوكالة، وهٰذا أظهر، وفي [أ/١٩٤أ] الوجوه المذكورة إنما يرجع إذا حضر الغائب؛ لأن المدفوع إليه[٩] ماله، إمَّا ظاهرًا، أو على ٱحتمال الإجازة، فصار كما لو دفع إلىٰ فضولي علىٰ رجاء الإجازة، لم يملك

---

(١) لفظ: (له) غير موجود في (ب، جـ).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٥١، و«الهداية» ٣/ ١٥١-١٥٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨١-٢٨٢، و(الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٤.

(٣) في (ب): (فلا) بدل (لم).

(٤) في (جـ): (شيء) بدل (بشيء).

(٥) في (ب): (بالوكالة) بدل (في الوكالة).

(٦) في (جـ): (لحق) بدل (محق).

(٧) في (ب): (كالوكالة) بدل (كالكفالة).

(٨) في (جـ): (بما زاد) بدل (بما ذاب).

(٩) لفظ: (إليه) غير موجود في (ب).

الأَسترداد؛ لاحتمال الإجازة[١]؛ ولأنه لما باشر تصرفًا لغرض لم يكن له نقضه، ما لم ييْأس من غرضه[٢].

قوله: (وإن هلك...) إلىٰ آخره من الزوائد.

تحليف الوكيلِ الغريمَ المقر بالدين مع إنكاره للوكالة

قال: (ولو أنكر الوكالة، وأقر بالدين، فتحليفه علىٰ نفي العلم ساقط، ويُحَلّفه، وهو الظاهر).

الوكيل إذا جاء إلى الغريم، وادعىٰ أنه وكيل الغائب في قبض دينه، فصدقه في الدين وكذبه في الوكالة، فأراد الوكيل تحليفه علىٰ نفي العلم بوكالته؛ فظاهر المذهب: له ذلك، فإن حلف بريء، وإن نكل قضي عليه بالمال[٣] للوكيل[٤]، وهو قول أبي يوسف[٥] رحمه الله.

والإشارة إلى الظاهر من الزوائد.

---

(١) قوله: (لم يملك الأَسترداد؛ لاحتمال الإجازة) غير موجود في (ب).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٥٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٥-١٦٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٢-٢٨٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٣-١٨٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٤-٢٤٥.

(٣) في (أ): (بالمال عليه) بدل (عليه بالمال) بتقديم وتأخير.

(٤) «روضة القضاة وطريق النجاة» ٢/ ٦٥٧-٦٥٨، و«الهداية» ٣/ ١٥٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٣-٢٨٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٧/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٤.

(٥) «منظومة النسفي» لوحة ٦١/ب، و«شرح أدب القاضي» للخصاف ص٤٣٣، و«الهداية» ٣/ ١٥٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٧/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٤.

وذكر الخصاف: أنه لا يحلف عند أبي حنيفة[١] ﷺ؛ لأن التحليف إنما يثبت حقًّا للوكيل بعد ثبوت كونه خصمًا، ولم يثبت، علىٰ أن اليمين شرعت قاطعة للخصومة، وهٰذِه اليمين منشئة لها، فلا تشرع.

ووجه الظاهر: أنه ادعىٰ عليه أمرًا لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يحلف، كما في سائر الدعاوىٰ[٢].

ادعى أنه وكيل الغائب في قبض الوديعة

قال: (ولو ادعاها بقبض وديعة، لم يؤمر بدفعها، وإن صدقه).

إذا حضر وكيل الغائب إلى المودع، فادعىٰ أنه وكيل في قبض الوديعة التي بيده، فصدقه المودع، لم يؤمر بالتسليم إليه؛ لأن ذلك إقرارٌ بمال الغير لا بمال نفسه، بخلاف الدين؛ لأن ما يقتضيه[٣] في الدين خالص ماله[٤].

---

(١) «أدب القاضي» للخصاف مع «شرحه» لابن مازة ص٤٣٣.
وينظر: «روضة القضاة وطريق النجاة» ٢/ ٦٥٧، ٦٥٨، و«منظومة النسفي» لوحة ٦١/ب، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٧/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٤، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٤.

(٢) «شرح أدب القاضي» للخصاف ص٤٣٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٧/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٤.

(٣) في (ج): (يقبضه) بدل (يقتضيه).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٥٢، و«الهداية» ٣/ ١٥٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٥.

أقسام العقود من جهة من تتعلق به حقوق العقد

قال: (ونعلق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل به، لا بالموكل، كالبيع، والشراء، والإجارة، والصلح عن إقرار، فيسلم المبيع والثمن، ويتسلمهما[١]، ويخاصم في العيب، ولو طلب الموكل الثمن من المشتري جاز له المنع والدفع، وتنقطع عنه مطالبة الوكيل إذا دفع، ويتعلق فيما يضاف إلى الموكل به، كالنكاح، والخلع[٢]، والصلح عن إنكار، وعن دم عمد، وكالعتق علىٰ مال، والكتابة، والهبة، والصدقة، والإعارة، والإيداع، والرهن، والإقراض، والشركة، والمضاربة).

العقود التي يعقدها الوكلاء علىٰ ضربين: [جـ/ ٢٩٤ب] فكل[٣] عقد يضيفه الوكيل إلىٰ نفسه كالبيع والشراء، والإجارة، فإن حقوق العقد من تسليم المبيع وتسلم الثمن إذا كان وكيلًا بالبيع، وتسليم الثمن وتسلم المبيع إذا كان وكيلًا بالشراء، والخصومة بالعيب[٤] من قبله إن كان وكيل الشراء، أو من قبل المشتري إن كان وكيلًا بالبيع، راجعةٌ إلى الوكيل عندنا[٥].

---

(١) في (أ): (يتسلمها) بدل (يتسلمهما).

(٢) لفظ: (والخلع) غير موجود في (أ). (٣) في (جـ): (وكل) بدل (فكل).

(٤) في (أ، جـ): (في العيب) بدل (بالعيب).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٤٠-١٤١، و«الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٦، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٤.

وقال الشافعي رحمه الله: هي راجعة على الموكل[١]؛ لأن الحقوق من توابع حكم التصرف وهو الملك، والتابع يثبت حيث يثبت الأصل، والملك ثابت للموكل، فترجع الحقوق إليه، فصار[٢] كالرسول، والوكيل بالنكاح[٣].

ولنا: أن العقد صادرٌ من الوكيل حقيقة وحكمًا، فتتعلق الحقوق بمن[٤] قام العقد به.

أما صدوره [ب/٢١٨أ] حقيقة؛ فلتعلقه بصحة العبارة، وهي موجودة؛ لقيام الأهلية، وأما حكما؛ فلاستغنائه عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيرًا عن الموكل ما ٱستغنىٰ عن الإضافة إليه كالرسول، وإذا كان أصلًا في العقد تعلقت الحقوق به، ثم الملك يثبت للموكل خلافةً عنه ٱعتبارًا للتوكيل السابق، كالعبد يتَّهب ويصطاد ويحتطب، وهو الصحيح[٥].

ومن فروع هذا الضرب: ما إذا طالب الموكل المشترين بثمن المبيع الذي باعه وكيله، فللمشتري أن يمتنع من الدفع إليه؛ لأن الموكل أجنبيٌّ عن العقد وحقوقه، فلو دفعه إليه سقطت مطالبة الوكيل له؛ لأن عين الثمن المقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه حقه، ولهذا لو كان

---

(١) «المهذب» ١/ ٣٦٣، و«النكت» ٣/ ٨٤٣، و«حلية العلماء» ٥/ ١٣٥، و«تقويم النظر» ٣/ ٧٢٣، و«فتح العزيز» ١١/ ٦٢، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٢٦.

(٢) في (أ): (وصار) بدل (فصار).

(٣) «المهذب» ١/ ٣٦٣، و«النكت» ٣/ ٨٤٤، و«فتح العزيز» ١١/ ٦٢.

(٤) في (أ): (بما) بدل (بمن).

(٥) «الهداية» ٣/ ١٣٧-١٣٨، و«الاختيار» ٢/ ١٥٧-١٥٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٥.

للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة، فلو أخذه الوكيل ثانيا لوجب دفعه إليه، فيخلو عن الفائدة، ولا يقال بأنه لو كان له على الوكيل دين، فإن المقاصة تقع -أيضا[(١)]- عند أبي حنيفة[(٢)]، ومحمد[(٣)] ﷺ؛ لأنه يملك الإبراء عنه عندهما؛ لأنَّا نقول: إنه وإن كان كذلك عندهما، إلَّا أنه يضمنه للموكل في الصورتين، فظهر أنه صاحب الحق[(٣)].

والضرب الثاني: ما يضيفه الوكيل إلى الموكل كالنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، وأخواتها؛ فإن حقوق العقد فيه راجعة إلى الموكل بلا خلاف، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها؛ لأن الوكيل في هٰذِه العقود سفيرٌ ومعبر؛ فإنه لا يستغني عن أضافة العقد إلى الموكل، فصار كالرسول، وهٰذا؛ لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن [أ/١٩٤ب] السبب؛ لأنه إسقاط معنىٰ فيتلاشىٰ فلا يتصور صدور السبب من شخص وثبوت حكمه لغيره؛ فلهذا قلنا: إنه سفير، فتتعلق حقوق العقد بمن قام به حكمًا[(٤)].

ولما كان الصلح عن إقرار جاريًا مجرى البيع، عدَّه في الضرب الأول بخلافه عن إنكار[(٥)].

---

(١) لفظ: (أيضًا) غير موجود في (أ).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٣٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥١٤.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «الهداية» ٣/ ١٣٨، و«الاختيار» ٢/ ١٥٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٥-٢٢٦.

(٥) في (أ): (إنكاره) بدل (إنكار) بزيادة الضمير.

والوكالة في الهبة، والصدقة، والإعارة، والإيداع، والرهن [جـ/ ٢٩٥أ] والإقراض، سفارة أيضا؛ لأن الحكم فيها يثبت بالقبض، وأنه يلاقي محلًا مملوكًا للغير، وكذلك[1] إن كان التوكيل من جانب الملتمس لها، وكذا[2] المضاربة، والشركة، والتوكيل بالاستقراض باطلٌ؛ حتىٰ لا يثبت للموكل، بخلاف الرسالة[3].

وقوله: (والصلح عن إقرار) في الضرب الأول، (والصلح عن إنكار) في الضرب الثاني، وإلىٰ آخر الفصل من الزوائد.

---

(١) في (أ، ب): (ولذلك) بدل (وكذلك).

(٢) في (ج): (وكذلك) بدل (وكذا).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٣٨، و«الاختيار» ٢/ ١٥٨-١٥٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٣-٢٨٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥١٤-٥١٥.

فصل في الوكالة بالشراء[١]

شروط الوكالة بالشراء وأثر الجهالة الفاحشة واليسيرة عليها، وحكم الوكالة العامة في الشراء

قال: (إذا وكل رجلًا بشراء شيء، ذكر جنسه، ونوعه، أو جنسه، ومبلغ ثمنه، إلَّا أن يفوضه إلىٰ رأيه).

الأصل في هٰذا الباب أن الجهالة المتفاحشة في باب الوكالة تبطلها، واليسيرة متحملة؛ لأن مبناها على التوسعة؛ لاشتمالها على الاستعانة في الأمور، ففي اشتراط ذلك بعض الحرج وهو مدفوع.

فإذا وكله بشراء عبد مثلًا، فلابد من أن يبين نوعه، أو ثمنه؛ لأنه ذكر جنسًا يشمل أنواعًا، فإذا قال: هندي، أو حبشي، أو تركي جاز، أو قال: بكذا وكذا من الثمن جاز؛ لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلومًا بذكر النوع[٢] وحده، وتقل الجهالة، فلا يمتنع الأمثال، وإذا بين النوع أو الثمن، وترك وصف الجودة والرداءة جاز[٣] أيضًا؛ لأنها جهالة[٤] مستدركة[٥].

---

(١) قال العيني في «المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٥: (لما ذكر من تصح وكالته، ومن لا تصح، وفيما تصح، وفيما لا تصح، أخذ في بيان شروطها في التوكيل بالشراء وتوابعه).

(٢) عبارة: (يذكر النوع) غير موجودة في (ج).

(٣) لفظ: (جاز) غير موجود في (ج).

(٤) في (ج): (حالة) بدل (جهالة).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٤٢، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٢-٢٣٣، و«الهداية» ٣/ ١٣٩، و«الاختيار» ٢/ ١٥٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٨-٢٥٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٤-٢٨٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٢٧-٢٢٨.

وأما إذا وكله وكالة عامة وفوض الشراء إلىٰ رأيه، فقال: ٱبتع لي ما رأيت؛ فأي شيء ٱشتراه[١] كان ممتثلًا لمكان التفويض[٢].

شراء الوكيل السلعة المعينة في الوكالة لنفسه

قال: (وإن عين له[٣] ما يشتريه لم يكن للوكيل أن يشتريه[٤] لنفسه).

لأنه غرور؛ ولأنه[٥] يشتمل علىٰ عزل نفس، وليس له ذلك إلَّا بمحضر من الموكل، علىٰ ما قالوا[٦].

أثر مخالفة الوكيل ما أمر به الموكل

قال: (فإن ٱشتراه بخلاف جنس الثمن الذي سماه، أو بغير النقدين، أو وكل بشرائه، فاشترى الثاني بغير حضرة الأول، وقع الشراء له).

لأن الوكيل في هٰذِه الوجوه الثلاثة مخالف لما أمره به الموكل؛ فينفذ

---

(١) في (ج): (اشتراها) بدل (اشتراه).

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) لفظ: (له) غير موجود في (ج).

(٤) في (أ،ب): (شراؤه) بدل (أن يشتريه).

(٥) في (ب): (لأنه) بدون الواو.

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٤٩، و«الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٥٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

الشراء عليه، وإنما قيده بغير حضرة الوكيل الأول؛ لأنه إذا آشترى الثاني [ب/٢١٩أ][(١)] بحضرة الأول فقد حضر[(٢)] رأيه، فلم يكن مخالفًا فيقع الشراء للموكل[(٣)].

وقوله: (بغير النقدين أو وكل بشرائه) من الزوائد.

الوكالة بشراء شيء موصوف غير معين

قال: (وإن لم يعين، فاشتراه كان له، إلَّا أن يضيف العقد إلىٰ مال الموكل، أو ينويه له).

إذا أمره بشراء عبد موصوف غير معين، فاشتراه الوكيل، فلا يخلو:

أما إن أضاف عقد الشراء إلىٰ دراهم نفسه، أو علىٰ دراهم الموكل؛ ففي الأول يقع الشراء له؛ حملًا لحاله[(٤)] علىٰ ما يحل له فعله شرعًا وعادة[(٥)].

---

(١) من هنا إلىٰ نهاية اللوحة [٢٢٩/أ، (ب)] دخل بعض أبواب الشفعة، وكتاب الشركة، وبعض كتاب المفاوضة، علىٰ كتاب الوكالة.

(٢) في (ج): (حضره) بدل (حضر).

(٣) «المبسوط» ١٩/ ٥٨-٥٩، و«الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٥٩-١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٢.

(٤) في (ج): (بحالة) بدل (لحالة).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٤٩، و«الهداية» ٣/ ١٤١-١٤٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٧-٢٨٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٢.

وإن أضاف العقد إلىٰ دراهم الموكل كان للموكل[١].

وإنما[٢] لم أقل كما قال القدوري: (أو يشتريه بمال الموكل)[٣]؛ لأن في النقد من مال الموكل تفصيلًا وخلافًا، وليس في إضافة العقد إلىٰ مال الموكل [جـ/ ٢٩٥ب] خلاف في صحة العقد له، والكلام مطلق على الخلاف، فهٰذا أولىٰ وأبين، وهو ٱختيار صاحب «الهداية» فإنه قال: (وهو المراد عندي بقوله: أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله؛ لأن فيه تفصيلًا وخلافًا، وهٰذا بالإجماع، وهو مطلق)[٤].

وإن أضاف العقد إلىٰ دراهم مطلقة، يرجع إلىٰ نيته، فإن نواها للآمر فالشراء للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه؛ لأن له[٥] العمل لنفسه ولموكله، فتعتبر نيته في ذلك[٦]، وإن تكاذبا في النية حُكِّمَ النقد إجماعًا[٧]؛ لظهور دلالته، وإن توافقا علىٰ أنه لم تحضره النية.

قال محمد ﷺ: هو للوكيل[٨][٩].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (جـ): (وإن) بدل (وإنما).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٤٩.

(٤) «الهداية» ٣/ ١٤١.

(٥) لفظ: (له) غير موجود في (ب).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٤٩، و«الهداية» ٣/ ١٤٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٢.

(٧) «الهداية» ٣/ ١٤٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٨/ أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٢.

(٨) في (ب): (للموكل) بدل (للوكيل).

(٩) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣١، و«الهداية» ٣/ ١٤٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٠، و(مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٢، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٤٩.

وقال أبو يوسف ﷺ: يُحكم بالنقد فيه، كما في التكاذب[١]، وقد مر تعليل هٰذِه المسألة الخلافية في كتاب البيوع[٢].

اطلاع الوكيل

على عيب في السلعة قبل تسليمها للموكل أو بعده

قال: (وإذا ٱطلع علىٰ عيب، وهو في يده، رده به، وإن سلمه إلى الموكل فبإذنه).

الوكيل إذا ٱطلع علىٰ عيب بالسلعة، فإن كانت في يده فله ردها بالعيب؛ لأن ذلك من حقوق العقد، وهي راجعة إليه؛ لما مرّ[٣]، وإن سلم السلعة إلى الموكل لم يردها إلَّا بإذنه؛ لأن الوكالة ٱنتهت بالتسلم؛ ولأن في الرد بغير إذنه إبطال يده الحقيقية، فلا يتمكن منه؛ ولهٰذا كان خصمًا لمدعى الشفعة،وغيرها قبل التسليم إلى الموكل لا بعده[٤].

التوكيل في عقد السلم والصرف

قال: (وإن توكل في إسلام أو صرف صح).

لأنه عقد يملكه بنفسه، فيملك التوكيل به، كسائر العقود. وإنما قال: (في إسلام) ولم يقل: في سلم؛ لأن هٰذِه العبارة أوضح في معناها، فإن

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) ينظر ص١٢٤-١٢٥.

(٣) ينظر ص١٦٩٢-١٦٩٣.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٤٢، و«المبسوط» ١٩/ ٥٨، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٥٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٥.

السلم يشمل قبول العقد والإسلام فيه، والتوكيل بقبول [أ/ ١٩٥أ] عقد السلم لا يصح؛ لأنه حينئذ يبيع طعامًا في ذمته، علىٰ أن يكون الثمن لغيره، وذلك لا يجوز، فكانت لفظة الإسلام أشد[١].

بطلان عقد السلم والصرف

بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض، دون مفارقة الموكل

قال: (فإن فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد، ولا تعتبر مفارقة الموكل).

أما مفارقة الوكيل قبل القبض فمبطل للعقد؛ لأنه هو[٢] العاقد، وقد افترقا قبل القبض، ففات شرط الصحة.

وإنما لم تعتبر مفارقة الموكل؛ لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد، وهو الوكيل، وهٰذا بخلاف الرسول؛ لأن الرسالة في العقد دون القبض[٣]، وكلام الرسول ينتقل إلى المرسل، فكان قبضه قبض غير العاقد؛ فلم يصح[٤].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٣، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٣.

(٢) في (ب): (حق) بدل (هو).

(٣) في (ج): (العقد) بدل (القبض).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٣، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٣.

رجوع الوكيل

على الموكل بالثمن إذا نقد ثمن المبيع من ماله

قال: (وإذا نقد الوكيل ثمن المبيع من ماله، وقبضه، رجع به).

الوكيل بالشراء إذا نقد ثمن المبيع من ماله وقبض المبيع، فله أن يرجع بالثمن على الموكل؛ لأنه ٱنعقدت بينهما مبادلة حكمية، ولهٰذا، لو ٱختلفا في الثمن يتحالفان، ويرد الموكل بالعيب[1] على الوكيل، والمبيع قد سُلِّم للموكل من جهة الوكيل، فوجب أن يسلم له العوض فيرجع عليه؛ ولأن الموكل لما علم بتعلق الحقوق به كان [جـ/٢٩٦أ] راضيًا بنقد الثمن من ماله، فساغ له الرجوع عليه[2].

حبس الوكيلِ المبيعَ

في يده حتى يستوفي ثمنه من الموكل

قال: (وأجزنا حبسه؛ لاستيفائه).

قال علماؤنا رحمهم الله: يجوز للوكيل أن يحبس المبيع في يده حتىٰ يستوفي الثمن من الموكل[3].

---

(١) في (ب): (بالمعيب)، وفي (جـ): (بالبيع) بدل (بالعيب).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٤٣، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

(٣) «المبسوط» ١٩/ ٦٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٨٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ٩٤.

وقال زفر رحمه الله: ليس له ذلك[١]. ذكر الخلاف في «الهداية»[٢].

له: أن قبض الوكيل قبض الموكل معنىً؛ لأن يده كيده، فكأنه سلمه إليه، فسقط حق الحبس.

ولنا: أن المبادلة الحكمية ثابتة بينهما؛ لما بينا، فيكون كالبائع من الموكل، فيثبت له حق الحبس، ومجرد القبض مما لا يمكن التحرز عنه، فلا يكون راضيا[٣] بسقوط [ب/٢٢٩ب] حق الحبس، على أنا نقول: قبضه متوقف، فيكون للموكل عند عدم الحبس، ولنفسه عند الحبس[٤].

هلاك المبيع في يد الموكل قبل حبسه على الثمن أو بعده

قال: (فإن هلك قبله فمن الموكل، أو بعده جعلناه[٥] مضمونًا، لا[٦] كالغصب[٧]، فيجعله كالمرهون، وهما كالمبيع).

---

(١) «المبسوط» ١٩/ ٦٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

(٢) ٣/ ١٤٠.

(٣) في (أ، ب): (رضا) بدل (راضيًا).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

(٥) في (ج): (جعلنا) بدل (جعلناه).

(٦) لفظ: (لا) غير موجود في (أ).

(٧) في (ج): (كالغاصب) بدل (كالغصب).

إذا هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه على الثمن، هلك من مال الموكل؛ لأن يده كيده، ولم يسقط الثمن[١]. وإن هلك بعد ما حبسه: قال زفر رحمه الله: يضمنه ضمان الغصب[٢]. وقال أبو يوسف رحمه الله: يضمنه ضمان الرهن[٣]. وقال محمد رحمه الله: يضمنه ضمان المبيع[٤].

وذكر في «الهداية» قول أبي حنيفة مع محمد[٥] رضي الله عنهما.

لزفر: أنه منع بغير حق؛ علىٰ أصله أنه[٦] ليس له حبسه.

ولأبي يوسف: أنه[٧] مضمون بالحبس؛ للاستيفاء بعد أن لم يكن مضمونًا بذلك، وهٰذا معنى الرهن، بخلاف المبيع؛ لأن بهلاك المبيع

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٤٣، و«المبسوط» ١٩/ ٦٠، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«الهداية» ٣/ ١٤١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٤٣.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٤٣، و«المبسوط» ١٩/ ٦٠، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٥/ب، و«الهداية» ٣/ ١٤٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١-٢٦٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

(٤) ينظر المراجع السابقة. **وتوضيح هٰذِه الأقوال أن:**

ضمان الرهن: أن يكون مضمونا بأقل من قيمته ومن الدين.

وضمان المبيع: أنه إذا هلك يبطل البيع ويسقط الثمن، سواء كان الثمن أقل أو أكثر.

وضمان الغصب: أن يكون الهالك مضمونًا بالمثل إن كان مثليا، أو بالقيمة إن لم يكن مثليًا. ينظر: «شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ٥٨/ أ، ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٧.

(٥) ٣/ ١٤٠.

وينظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١، و«البحر الرائق» ٦/ ١٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٤٣.

(٦) في (أ): (لأنه) بدل (أنه).

(٧) لفظ: (أنه) غير موجود في (ج).

ينفسخ العقد، وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد.

ولهما: أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل؛ لما بينا، فكان[١] حبسه لأجل ٱستيفاء الثمن، فيسقط الثمن بهلاكه، والعقد هاهنا، وإن كان صحيحًا في أصله، لكنه ينفسخ في حق الوكيل والموكل، كما لو رده الموكل على الوكيل بعيب فرضي به[٢].

وكَّله بشراء عشرة بدرهم، فاشترى به عشرين

قال: (ولو وكله[٣] بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم، فاشترىٰ به عشرين من ذلك اللحم، فاللازم للموكل عشرة بنصف[٤]، وألزماه العشرين)[٥].

لهما: أنه مأمور بصرف الدرهم إلىٰ[٦] اللحم، والموكل قد ظن أنَّ سعره عشرة أرطال بدرهم، فإذا ٱشترىٰ به عشرين فقد زاده خيرًا، فكان الموكل به أشد رضىٰ فيلزمه، وصار كما لو أمره ببيع عبده بألف فباعه بألفين.

(١) في (ج): (وكان) بدل (فكان).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«الهداية» ٣/ ١٤١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦١-٢٦٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٦، و«مجمع الأنهر»٩ ٢/ ٢٣١.

(٣) في (ج): (وكل) بدل (وكله).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٤٨-١٤٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٦/ ب، و«الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٠-١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٣.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) عبارة: (الدرهم إلىٰ) غير موجودة في (ج).

وله: أن المأمور به شراء أرطال مقدرة، وليس بمأمور بشراء الزيادة، فنفذ شراؤها عليه، بخلاف بيع العبد؛ لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل، فيكون له[١].

وإنما قيَّد في المتن بقوله: (من ذلك اللحم) -يعني: من ذلك اللحم الذي[٢] يساوي عشرة بدرهم؛ ٱحترازًا مما لو ٱشترىٰ عشرين رطلًا بدرهم من لحم لا[٣] يساوي ذلك؛ فإنه يصير مشتريا لنفسه بالإجماع[٤]؛

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٨.

(٢) لفظ: (الذي) غير موجود في (أ).

(٣) لفظ: (لا) غير موجود في (ب، ج).

(٤) نقل الأجماع: «الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٣.
ملحوظة: ما ذكره المؤلف مذهب الحنفية.
ومذهب المالكية: أن الوكيل على الشراء إذا خالف مخالفة توجب للموكل الخيار، فإن الوكيل يلزمه ما ٱشتراه؛ حيث لم يرضه موكله.
ومذهب الشافعية: أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترىٰ غير ما وكل في شرائه، فإن وقع بعين مال الموكل، في القول الجديد: باطل، وعلى القديم: يقف الشراء علىٰ إجازة الموكل، فإن أجاز، وقع عنه، وإلا، فعن الوكيل.
وإن وقع في الذمة، نظر: إن لم يسم الموكل، وقع عن الوكيل، وكذا إن سماه على الأصح.
والثاني: العقد باطل.
وعند الحنابلة: إن ٱشتراه في ذمته ففيه روايتان: إحداهما: الشراء لازم للمشتري، والثانية: يقف علىٰ إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه، وإن لم يجزه لزم الوكيل.
وإن ٱشتراه بعين المال فالصحيح في المذهب أن البيع باطل، وفي رواية: أنه صحيح ويقف علىٰ إجازة المالك، فإن لم يجزه بطل، وإن أجازه صح.
ينظر: «الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٣،

لأنه مأمور بشراء لحم سمين، وهذا هزيل، فكان مخالفًا[1].

وكله بشراء أمة، فاشتراها له معيبة

قال: [جـ/٢٩٦ب] **(ولو وُكِّل بشراء أمة، فاشترىٰ عمياء، أو شلاء، فهو نافذ على الموكل).**

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا وكله بشراء جارية، وسمىٰ جنسها، ومبلغ ثمنها، فاشتراها له[2] عمياء، أو شلاء[3]، أو مقطوعة اليدين أو الرجلين، أو مقعدة، أو مجنونة، ينفذ الشراء على الآمر[4].

وقالا: لا ينفذ على الآمر، ويكون للوكيل[5][6]، وهو قول الشافعي[7].

و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٨، و«المدونة» ٣/ ٢٦٦، و«التفريع» ٢/ ٣١٨، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٣٩٦، و«الخرشي علىٰ مختصر خليل» ٦/ ٧٤، و«الوجيز» ١/ ١٩٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٢٤-٣٢٥، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢٢٩، و«المغني» ٥/ ١٢٩-١٣٠، و«الإنصاف» ٥/ ٣٨٦-٣٨٧، و«شرح منتهى الإرادات» ٢/ ٣١٢.

(١) «الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١٥٨.

(٢) من قوله: (عمياء أو شلاء، فهو نافذ...) إلىٰ قوله: (فاشتراها له) غير موجود في (أ).

(٣) في (أ): (شلاء أو عمياء) بتقديم وتأخير.

(٤) «المبسوط» ١٩/ ٣٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٦/ ب، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٨/ ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٩.

(٥) في (ب): (على الوكيل) بدل (للوكيل).

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) مذهب الشافعية: أن الوكيل في شراء موصوف لا يجوز له أنْ يشتري معيبًا، فإن حصل ذلك نظر:

لهم: أن المتعارف شراء الجارية للخدمة، والمطلق ينصرف إلى المتعارف، فلا يتناول الأمر[١] مثل هٰذِه.

وله: أن الأمر مطلق، فيتناول الماهية، وهٰذِه جارية، فينفذ عليه. وهٰذا التفريع جارٍ على الأصول:

فعندهما: أن الاعتبار للمجاز المتعارف أولىٰ.

وعنده: أن العمل بحقيقة اللفظ -وإن كان مرجوحًا- أولىٰ، حتىٰ تصير الحقيقة مهجورة غير مستعملة، والحقيقة هاهنا غير مهجورة؛ فإن مثل هٰذِه قد تشترىٰ للعتق ترحمًا عليها[٢].

إن كان مع العيب يساوي ما اشتراه به: فإن جهل العيب، وقع عن الموكل.

وإن علمه، فأوجه: أصحها: لا يقع عنه. والثاني: يقع. والثالث: إن كان عبدًا، يجزي في الكفارة، وقع عنه، وإلا، فلا، إلَّا أن يكون كافرًا، فإنه يجوز للوكيل شراؤه.

وإن لم يساو ما اشتراه به: فإن علم لم يقع عن الموكل.

وإن جهل وقع عنه، على الأصح عند الأكثرين.

«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ٤٥١، و«النكت» ٣/ ٨٣٠، و«المهذب» ١/ ٣٥٩، و«الوجيز» ١/ ١٩١، و«فتح العزيز» ١١/ ٣٨، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٠٩-٣١٠، و«الغاية القصوىٰ» ١/ ٥٤٥، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢٢٥-٢٢٦، و«غاية البيان» ص٢٠٩.

(١) لفظ: (الأمر) غير موجود في (أ).

(٢) «المبسوط» ١٩/ ٤٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩-٣٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٨/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٩.

وكله بشراء عبدين معينين بدون تحديد الثمن، فاشترى أحدهما، أو بتحديده، فاشترى أحدهما بأكثر من نصفه

قال: (أو بشراء عبدين بأعيانهما، ولم يسم ثمنًا [أ/١٩٥ب] فاشترىٰ أحدهما، جاز، أو بألف وقيمتها سواء، فاشترىٰ أحدهما بأكثر من خمسمائة، فهو غير لام، وقالا: يلزم إذا زاد ما يتغابن به[1]، وقد بقي ما يشتري بمثله للآخر).

هاتان مسألتان[2]: أما الأولىٰ[3]؛ فهي نافية، وعلة الجواز: أن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما[4]. وأما الخلافية: فهي ما إذا سمىٰ لهما ثمنا ألف درهم، فاشترىٰ أحدهما بأكثر من النصف. قال أبو حنيفة ﷺ: لا ينفذ على الموكل[5].

وقالا: يلزمه إن كان الزيادة بما يتغابن الناس فيه، وقد بقي ما يشتري[6] بمثله العبد الآخر[7].

---

(١) لفظ: (به) غير موجود في (أ، ج).

(٢) من قوله: (وقالا: يلزم إذا زاد ما يتغابن ...) إلىٰ قوله: (بمثله للآخر. هاتان مسألتان) غير موجود في (ج).

(٣) في (ج): (الأول) بدل (الأولىٰ).

(٤) «الجامع الصغير» ص٤٠٧-٤٠٨، و«الهداية» ٣/ ١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ٩٧.

(٥) «الجامع الصغير» ص٤٠٨، و«المبسوط» ١٩/ ٤٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٦/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١، و«الهداية» ٣/ ١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٤.

(٦) في (ج): (يشتريه) بدل (يشتري). (٧) ينظر المراجع السابقة.

لهما: أن الإطلاق مقيد بالعرف، لكن لابد أن يبقىٰ ما يشتري به العبد الآخر؛ تحصيلًا لغرض الآمر؛ ولهٰذا لو ٱشترى الثاني بما بقي من الألف قبل أن يختصما، يلزمان الموكل.

وله: أنه قابل الألف [ب/١٢٣٠] بهما، وقيمتهما سواء، فانقسم عليهما؛ فصار حصة كل واحد منهما نصف الألف دلالة، فكأنه قال: ٱشتر لي هٰذا بخمسمائة؛ ولهٰذا لو ٱشترىٰ أحدهما بخمسمائة يلزم[1] الموكل[2]؛ لموافقة الأمر، وكذا لو ٱشترىٰ بأقل؛ لأنه، وإن خالف، فقد خالف إلىٰ خير، وأما إذا ٱشترىٰ بأكثر فقد خالف إلىٰ شرٍ، فلا ينفذ، ويكون للوكيل؛ كما لو نص على الشراء بنصف الألف، فاشترىٰ بأكثر[3]، كان مخالفًا قلَّتْ الزيادة أو كثرت، وأما شراء الثاني قبل الأختصام؛ فإنما لزم ٱستحسانًا لحصول غرض الآمر المصرح به، فيكون العمل[4] بالصريح أولىٰ من الدلالة، وأما إذا لم يشتر الثاني فالدلالة قائمة سالمة عن معارضة الصريح، فوجب العمل بهما[5].

---

(١) في (ج): (لا يلزم) بدل (يلزم) بزيادة (لا).

(٢) في (أ، ج): (الوكيل) بدل (الموكل).

(٣) لفظ: (بأكثر) غير موجود في (ج).

(٤) في (ج): (بالعمل) بدل (العمل).

(٥) «المبسوط» ١٩/ ٤٣-٤٤، و«الهداية» ٣/ ١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٤.

وكله بشراء عبد، أو بيعه بألف، فاشترى، أو باع اثنين بألفين، وقيمتهما سواء

قال: (أو بشراء هٰذا العبد، أو بيعه بألف، فاشترىٰ معه، أو باع آخر بألفين، وقيمتهما سواء [جـ/١٢٩٧] فهو غير نافذ على الموكل).

رجل وكل رجلًا[١] أن يشتري له عبدا معينًا بألف درهم، فاشترىٰ معه آخر بألفين، وقيمتهما سواء[٢].

قال أبو حنيفة ﷺ: هٰذا الشراء نافذ على الوكيل دون الموكل[٣].

وقالا: ينفذ في عبد الموكل[٤]، وعلىٰ هٰذا الخلاف في البيع[٥].

لهما: أنه أتىٰ بالمأمور به من شراء العبد أو بيعه بألف، إذا كانت قيمة العبدين سواء، قَضِيَةً للانقسام نصفين، فلم يكن مخالفًا؛ فنفذ عليه.

وله: أن القيمة إنما تعرف بالظن لا بالقطع، والغالب تفاوت القيم في الأعيان، فجاز أن تكون قيمة أحدهما أكثر من قيمة الآخر في نفس الأمر جوازًا يعضده الظاهر، فلم يكن الوكيل موافقًا بيقين فلا[٦] ينفذ على

---

(١) في (جـ): زيادة (في) بعد قوله: (رجلًا).

(٢) من قوله: (فهو غير نافذ على الموكل...) إلىٰ قوله: (بألفين وقيمتهما سواء) غير موجود في (جـ).

(٣) «المبسوط» ١٩/ ٥٢، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٨/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٨٨.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «المبسوط» ١٩/ ٥١-٥٢، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٨/ب.

(٦) في (ب): (ولا)، وفي (جـ): (فلم) بدل (فلا).

الموكل؛ لوقوع الشك في الإتيان بالمأمور به، وقد وجد نفاذًا على الوكيل فَنَفَذَ[(١)].

دعوى الموكل والوكيل أن الشراء كان للآخر منهما

قال: (أو بشراء عبد بألف فأتاه بعبدٍ، وقال: أخذته لك بألف فأدَّها، فقال: بل أخذته لنفسك؛ فالقول للآمر. وقالا: للمأمور).

رجل وكل رجلًا في شراء عبد بألف درهم، فأتاه الوكيل بعبد، وقال: قد[(٢)] اشتريت لك هٰذا العبد[(٣)] بألف درهم، وطالبه بثمنه، فقال[(٤)] الموكل: إنما اشتريته لنفسك.

قال أبو حنيفة ﷺ: القول قول[(٥)] الموكل[(٦)].

وقالا: القول قول الوكيل[(٧)]؛ لأنه أمين، والقول للأمين مع اليمين، وصار كما لو أعطاه الألف.

---

(١) «المبسوط» ١٩/ ٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٨/ب.
(٢) لفظ: (قد) غير موجود في (أ، ج).
(٣) لفظ: (العبد) غير موجود في (ب).
(٤) في (ج): (وقال) بدل (فقال).
(٥) لفظ: (قول) غير موجود في (ج).
(٦) «منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«الهداية» ٣/ ١٤٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.
(٧) ينظر المراجع السابقة.

وله: أن الوكيل يدعي لزوم العقد على الآمر، ووجوب الثمن عليه، والموكل ينكر، والقول قول المنكر، بخلاف ما لو دفع الألف؛ لأن الموكل حينئذ يكون مدعيا ضمان الألف عليه، والوكيل ينكر، فكان[١] القول قول الوكيل[٢].

وكَّله بشراء شيء معين، فاشتراه بمكيل أو موزون في الذمة لا بالنقدين

قال: (أو بشراء شيء معين، فاشتراه بمكيل أو موزون في الذمة، أنفذناه على الوكيل[٣]).

هٰذِه المسألة عكس الأولىٰ، فعند زفر: ينفذ على الموكل[٤]؛ لأنه مأمور بالشراء، وقد وجد حقيقة الشراء بالثمن؛ فإن المكيل والموزون في الذمة ثمن، فنفذ عليه.

ولنا: أنه توكيل بالشراء، فينصرف إلى الشراء المتعارف، وهو بالنقدين، فصار[٥] كما لو كان المكيل والموزون معينًا[٦][٧].

---

(١) لفظ: (فكان) غير موجود في (ج).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٤٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣١.

(٣) «المبسوط» ١٩/٥٨-٥٩، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٤، و«الاختيار» ٢/ ١٥٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٢

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (أ، ج): (وصار) بدل (فصار).

(٦) لفظ: (معينًا) غير موجود في (أ).

(٧) «المبسوط» ١٩/٥٨-٥٩، و«الاختيار» ٢/ ١٥٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٢.

فصل في الوكالة بالبيع، وغيره

عقد الوكيل بالبيع والشراء

مع أصوله، وفروعه، وزوجته، وعبده، ومكاتبه

قال: (والوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع أصوله وفروعه، وزوجته، وعبده، ومكاتبه، وأجازاه بمثل القيمة، إلَّا في العبد والمكاتب).

الوكيل بعقد البيع أو الشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه، وجده، ولا ولده، وولد ولده، ولا زوجته، ولا عبده، ولا مكاتبه[(١)].

وقال[(٢)] أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة، إلَّا من العبد، والمكاتب[(٣)]؛ فإنه موضع[(٤)] إجماع[(٥)].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٤٦-١٤٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨، و«الهداية» ٣/ ١٤٥، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٦٩-٢٧٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٥.

(٢) في (ج): (قال) بدون واو.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ج): (موضوع) بدل (موضع).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٤٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨، و«الهداية» ٣/ ١٤٥، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٦.
ملحوظة: لعل مراد المؤلف بالإجماع إجماع الحنفية؛ فإن المالكية يرون جواز بيع الوكيل من عبده، ومكاتبه، بشرط عدم المحاباة.
وعند الشافعية وجهان: يجوز، ولا يجوز.
وعند الحنابلة روايتان: الأولىٰ: لا يجوز، وهٰذا المذهب. والثانية: يجوز.
«الخرشي علىٰ مختصر خليل» ٦/ ٧٧، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» ٣/ ٣٨٨، و«التنبيه» ص١٠٩، و«روضة الطالبين» ٥/ ٣٠٤-٣٠٥، و«الإقناع» للشربيني ٢/ ٤٦، و«المغني» ٥/ ١١٩، و«الإنصاف» ٥/ ٣٧٧-٣٧٨.

لهما: أن هٰذِه الوكالة مطلقة، وعدم الجواز معلل بالتهمة [جـ/٢٩٧ب] وأنها منتفية؛ لتباين الأملاك، وانقطاع المنافع، وكونه بمثل القيمة، بخلاف العبد؛ لأنه بَيْعَ من نفسه؛ لأن ما في يد العبد ملكه، والوكيل لا يجوز له أن يبيع من نفسه، ولو وكل آخر بالبيع[1] فباع الثاني من الأول لم يجز أيضًا. ذكره العَتَّابيُّ في «الفتاوىٰ»[2][3] [ب/٣٢٠ب] وكذلك المكاتب؛ لأن له حقًا في إكسابه، وعلىٰ تقدير عجزه يصير إكسابه له حقيقة.

وله: أن البيع من هٰؤلاء لا تعرىٰ[4] عن التهمة؛ ألا ترىٰ أن الشهادة منه غير مقبولة لهم، ومواضع التهمة مستثناة عن الوكالة، ولأن المنافع بينهم متصلة عرفًا، فكان البيع منهم بيعًا من نفسه من وجه.

والإجارة، والصرف علىٰ هٰذا الخلاف[5].

---

(١) في (أ، ج): (في البيع) بدل (بالبيع).

(٢) «جوامع الفقه» المعروف بـ «الفتاوى العتابية» من تأليف الإمام أحمد بن محمد بن عمر العتابي، البخاري، الحنفي، المتوفىٰ سنة (٥٨٦هـ) والكتاب يقع في أربع مجلدات. انظر: «الجواهر المضية» ١/ ١١٤، و«تاج التراجم» ص٢٥، و«الطبقات السنية» ٢/ ٧٢، و«كشف الظنون» ١/ ٥٦٧، و«الفوائد البهية» ص٣٦، و«النافع الكبير» ص٥٢، و«الأعلام» ١/ ٢١٦، وذكر الزركلي في «الأعلام»: أن لـ «جوامع الفقه» مخطوطةً في إستنبول.

(٣) ينظر «شرح الجامع الصغير» للعتابي، لوحة ١٢٧/أ.

(٤) لا تعرىٰ: لا يخلو.
ولا يسلم البيع من هٰؤلاء من التهمة؛ فالتهمة لا تزال باقية لم تذهب.
«الصحاح» ٦/ ٢٤٢٣، مادة (عرا) و«النهاية» ٣/ ٢٢٦، و«لسان العرب» ٢/ ٧٦١، مادة (عرا)، و«المصباح المنير» ٢/ ٤٠٦، مادة (عرا) و«المعجم الوسيط» ٢/ ٥٩٧، مادة (عرىٰ).

(٥) «شرح الجامع الصغير» للعتابي، لوحة ١٢٧/أ، و«الهداية» ٣/ ١٤٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٥.

بيع الوكيل واستئجاره

بالقليل، والكثير، وبالعرض، وبالكيلي، والوزني، وبالمزارعة

قال: (وبيعه جائز مطلقًا، وقيداه بثمن المثل، وهو رواية، وهو بالعرض جائز [١١٩٦/أ] وخصاه بالنقود، وكذا الإجارة، واستئجار الأرض بكيلي أو وزني بغير عينه، جائز، وخصّاه بالأثمان وبعض الخارج، ولو ٱستأجرها مزارعة، وقد أطلق، فهو مخالف).

الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بالقليل والكثير(١). وقالا: لا يجوز أن يبيع إلا(٢) بنقصان لا يتغابن الناس في مثله(٣)، وقولهما رواية الحسن عن أبي حنيفة(٤) رضي الله عنه.

ويجوز عنده البيع بالعرض(٥)(٦)، وقالا: لا يجوز إلَّا بالأثمان(٧). والمسألة زائدة.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١١، و«الكتاب» ٢/ ١٤٧، و«المبسوط» ١٩/ ٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٧.

(٢) لفظ: (إلا) غير موجود في (أ). (٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «المبسوط» ١٩/ ٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/أ، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠.

(٥) في (أ): (العروض) بدل (العرض).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص١١١، و«المبسوط» ١٩/ ٣٦-٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٤٧.

(٧) ينظر المراجع السابقة.

لهما: أن مطلق الأمر بالبيع ينصرف إلى المتعارف[١]، وهذا؛ لأن شرعية المعاملات؛ لقطع الغبن والمنازعات، فيختص بمواقعها، والتعارف جارٍ بالبيع بالنقود وبثمن المثل[٢]، ولأن المأمور به هو البيع، وما أتىٰ به من العقد -أعني: البيع بالغبن الفاحش- بيع من وجه، وهبة من وجه، كما أن المقايضة[٣] بيع من وجه، وشراء من وجه؛ فلا يتناولهما مطلق اسم[٤] البيع.

وله: أن التوكيل وقع بالبيع مطلقًا، وما أتىٰ به بيع، ولا تهمة، والبيع[٥] بالغبن أو العرض متعارف عند الحاجة إلى الثمن، أو التَبَرّم[٦] من المبيع[٧]، والمقايضة شراء من كل وجه[٨]، وبيع من كل وجه؛ لصدق حد كل واحد[٩] منهما عليها[١٠]، والبيع بالغبن الفاحش بيع من كل وجه، حتىٰ يحنث من حلف ألا يبيع، إلا أن الأب والوصي لا يجوز

---

(١) في (ب): (المعتاد المتعارف) بزيادة (المعتاد).
(٢) في (ج): (وبالثمن) بدل: (وبثمن المثل).
(٣) المُقَايَضَةُ: أن يبيع السلعة بالسلعة- أي: بيع العرض بالعرض.
ﻧ«البناية في شرح الهداية» ٨/ ٣٢٨، و«التعريفات» ص٢٨٢، و«نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» ٨/ ٧٧، و«معجم لغة الفقهاء» ص٤٢٢.
(٤) لفظ: (اسم) غير موجود في (ج).
(٥) في (أ، ج): (بالبيع) بدل (البيع).
(٦) التَبَرُّمُ: بَرِمَ بالشيء برمًا: سئمه، وضجر منه، وملَّه، فهو برم. «المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٣٣٠، و«لسان العرب» ١/ ٢٠٣، مادة (برم) و«نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» ٨/ ٧٨، و«المعجم الوسيط» ١/ ٥٢، مادة (برم).
(٧) في (أ، ب): (بالمبيع) بدل (من المبيع).
(٨) لفظ: (من كل وجه) غير موجود في (أ، ب).
(٩) لفظ: (واحد) غير موجود في (ب، ج).
(١٠) في (ج): (عليهما) بدل (عليها).

لهما البيع بالغبن؛ لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر في البيع بالغبن الفاحش[(١)(٢)]. وعلىٰ هٰذا الأصل الإجارة؛ إذا وكله بأن[(٣)] يؤجر أرضه، فبأي شيء أجرها صح عنده[(٤)]، وبناء علىٰ إطلاق الوكالة كالبيع. وعندهما: يتقيد بالمتعارف[(٥)].

وكذا إذا أمره باستئجار أرض، فاستأجرها بكيلي أو وزني، بغير عينه، صح عنده[(٦)]. وعندهما: لا يصح إلا بالأثمان، أو ببعض الخارج منها[(٧)] - يعني: المزارعة؛ تقييدًا للإطلاق بالعرف.

وله: أنها أثمان؛ فيتناولها[(٨)] عموم اللفظ، كالبيع.

وأما إذا أمره بالاستئجار مطلقًا، فاستأجرها مزارعة، لم يصح عنده[(٩)]؛ لفساد المزارعة علىٰ مذهبه، والأمر المطلق ينصرف إلى العقد الصحيح.

---

(١) من قوله: (بيع من كل وجه، حتىٰ يحنث من حلف...) إلىٰ قوله: (ولا نظر في البيع بالغبن الفاحش) غير موجود في (ج).

(٢) «المبسوط» ١٩/ ٣٦-٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٥-١٤٦، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠-٢٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٧ .

(٣) في (ب): (أن) بدل (بأن).

(٤) «المبسوط» ١٩/ ٣٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٠.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) «المبسوط» ١٩/ ٣٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/أ.

(٧) ينظر المراجع السابقة.

(٨) في (ب): (فيتناولهما) وفي (ج): (فيتناولهم) بدل (فيتناولها).

(٩) «منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ب، و«الاختيار» ٣/ ٧٤-٧٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٠، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ٢٢٨.

وعندهما: يجوز[١]؛ للتعارف[٢]، وصحة العقد عندهما.

وقوله: (بكيلي أو وزني). من الزوائد.

بيع الوكيل بالنسيئة

قال: (ونجيز بيعه نسيئة).

الوكيل بالبيع إذا باع [ج/٢٩٨أ] بالنسيئة يجوز عندنا[٣].

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز[٤]؛ لأن الأصل في الثمن أن يكون حالًّا، والتأجيل خلاف الأصل؛ فلا يثبت إلَّا بالتنصيص عليه، ولم ينص عليه[٥]، والظاهر أنه لا يرضىٰ به؛ فإن بيع[٦] الأعيان؛ للحاجة الناجزة إلى الأثمان، والنسيئة لا تفضي إلىٰ هٰذا الغرض، وقد يفوته بجحود المشتري ويمينه، والوكالة - وإن كانت مطلقة، لكنها تتقيد بما يفضي إلىٰ غرض الموكل؛ لأنها ٱستعانة علىٰ تحصيل الغرض[٧].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (ج): (المتعارف) بدل (للتعارف).

(٣) «المبسوط» ١٩/ ٣٥، و«منظومة النسفي» لوحة ١٢٨/ب، و«رؤوس المسائل» ص٣٣٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠، و«الدر المختار» ٥/ ٥٢٢.

(٤) «مختصر المزني» ص١١١، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ٤٦٠، و«الإقناع» للماوردي، ص١١٢، و«المهذب» ١/ ٣٦١، و«النكت» ٣/ ٨٢١، و«الوجيز» ١/ ١٩٠، و«المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ٢/ ٢٢٣-٢٢٤.

(٥) عبارة: (ولم ينص عليه) غير موجودة في (أ).

(٦) قوله: (الأصل فلا يثبت إلَّا بالتنصيص عليه، ولم ينص عليه، والظاهر أنه لا يرضىٰ به، فإن بيع) غير موجود في (ج).

(٧) تنظر أدلة الشافعية في: «المهذب» ١/ ٣٦١، و«النكت» ٣/ ٨٢٢، و«فتح العزيز» ١١/ ٢٧، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢٢٤.

ولنا: أن التوكيل مطلق، فأما[١] عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فظاهر[٢]، وأما على قولهما، فينصرف إلى المتعارف، ثم البيع نسيئةً متعارف عند التجار؛ فلم يكن به مخالفًا لما عليه العادة[٣].

ضمان الوكيلِ الثمنَ عن المبتاع

قال: (ولو ضمن الثمن عن المبتاع بطل ضمانه).

وهذا؛ لأنه أمين في الثمن، فإذا ضمنه صار مضمونًا عليه، والأمانات لا تنقلب مضمونة بالشروط، كالوديعة، والمضاربة[٤].

عقد الوكيل بالشراء بمثل القيمة وزيادة

قال: (ويجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة، وزيادة يتغابن في مثلها، كنصف درهم في عشرة في العروض، ودرهم في الحيوان، ودرهمين في العقار).

الوكيل بالشراء يجوز أن يشتري بمثل القيمة، وزيادة يقع في مثلها التغابن بين الناس، ولا يجوز بشيء لا يقع التغابن في مثله؛ لمكان

---

(١) في (ب): (أما) بدل (فأما). (٢) لفظ: (فظاهر) غير موجود في (أ).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٠، ٢٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٧.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٤٨، و«المبسوط» ١٩/ ٥٣، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٦.

التهمة؛ لجواز[١] أن يشتريه لنفسه [ب/ ٢٣١أ] فإنه يضيف العقد إلىٰ نفسه، فإذا لم يوافقه ألزمه الآمر[٢].

ولو كان وكيلًا بشراء شيء معين: قيل: ينفذ على الآمر[٣]؛ لأنه لا تهمة، فإنه لا يجوز أن يشتريه لنفسه[٤]. وكذا الوكيل بالنكاح: إذا زوجه آمرأة، وزاد علىٰ مهر مثلها: يجوز عند أبي حنيفة[٥] رضي الله عنه؛ فإنه لابد من الإضافة إلى الموكل في العقد، فلا تتمكن هٰذِه التهمة[٦]، بخلاف الوكيل بالشراء مطلقًا؛ لإطلاق العقد، فتمكن الشبهة[٧]، وقدَّروا ما يتغابن في مثله بما ذكر؛ لأن كثرة الغبن عند قلة التصرف، وبالعكس.

وبيع العروض كثير، والحيوان متوسط، والعقار قليل[٨].

والتقدير من الزوائد.

---

(١) في (ج): (بجواز) بدل (لجواز).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٤٧-١٤٨، و«الهداية» ٣/ ١٤٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٧-١٦٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٧.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٤٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٨.

(٤) من قوله: (فإنه يضيف العقد إلىٰ نفسه) إلىٰ قوله: (فإنه لا يجوز أن يشتريه لنفسه) غير موجود في (أ).

(٥) «المبسوط» ١٩/ ١١٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«الهداية» ٣/ ١٤٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٩.

(٦) في (أ، ب): (الشبهة) بدل (التهمة).

(٧) من قوله: (بخلاف الوكيل بالشراء...) إلىٰ قوله: (العقد، فتتمكن الشبهة) غير موجود في (ج).

(٨) «المبسوط» ١٩/ ١١٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦١-١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧١-٢٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٦٨-١٦٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٧.

وُكِّلَ ببيع أو شراء عبدٍ، فباع أو اشترى نصفه

قال: (ولو وكل ببيع عبد، فباع نصفه، فهو جائز، وقالا: إن باع[١] الباقي قبل الخصومة، أو بشرائه، فاشترىٰ نصفه، توقف[٢]، فإن اشترى الباقي قبل الخصومة ألزمناه الموكل).

هاتان مسألتان:

فالأولىٰ: إذا وكل رجلًا ببيع عبد، فباع[٣] نصفه، جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه مطلقًا[٤].

وقالا: لا يجوز، إلا أن يبيع النصف الباقي، قبل أن يختصما[٥].

لهما: أن ذلك غير متعارف؛ لاشتماله علىٰ ضرر الشركة، لكن إذا باع النصف الباقي قبل الاختصام، تبين أن بيع النصف الأول كان[٦] وسيلة إلىٰ تحصيل غرض الموكل؛ فإنه قد لا يجد من يشتريه جملة، فيفتقر إلى التفريق، وأما إذا خاصم في النصف الأول علم أنه لم يكن وسيلة، فلم

---

(١) لفظ: (باع) غير موجود في (ج).

(٢) لفظ: (توقف) غير موجود في (أ).

(٣) في (ب): (إذا باع الوكيل يبيع العبد) بدل (إذا وكل رجلًا ببيع عبد فباع).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١١، و«الكتاب» ٢/١٤٨، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٠، و«الهداية» ٣/١٤٦، و«الاختيار» ٢/١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٧٢، و«البحر الرائق» ٧/١٧٠.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) لفظ: (كان) غير موجود في (ج).

يجز، والقياس قول أبي حنيفة ﷺ، ووجهُه: أن الأمر بالبيع مطلق عن[١] قيدي[٢] الأجتماع والافتراق، فيصح بأي القيدين[٣] وقع، علىٰ أن عنده لو باع الكل بثمن النصف جاز، فإذا باع [جـ/٢٩٨ب] النصف بثمن مثله كان أولىٰ بالجواز[٤].

وأما **المسألة الثانية**: فالوكيل بشراء عبد إذا آشترىٰ [أ/١٩٦ب] نصفه، فهاهنا الشراء متوقف عندنا، فإن آشترى الباقي قبل الأختصام نفذ على الموكل[٥].

وقال زفر ﷺ: ينفذ[٦]؛ لأنه بشراء النصف تعيب بعيب الشركة، فكان[٧] مشتريًا لنفسه، وإذا ثبت أن هٰذا النصف له كان الثاني له أيضًا؛ لأن الآمر لم يوكله إلَّا في شراء الكل.

ولنا: أن شراء البعض قد يكون وسيلة إلىٰ تحصيل غرض الآمر؛ فقد يكون موروثًا بين جماعة؛ فيفتقر إلى التفريق، فإذا تكمل شراؤه قبل رد الموكل البيع، تبين أنه وسيلة، فينفذ على الآمر.

---

(١) في (أ): (عند) بدل (عن).

(٢) في (جـ): (قيد) بدل (قيدي).

(٣) في (أ، جـ): (النقدين) بدل (القيدين).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٤٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٠.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١١١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠، و«الهداية» ٣/ ١٤٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٠.

(٦) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٢.

(٧) في (ب): (وكان) بدل (فكان).

والفرق لأبي حنيفة ﷺ -بين هٰذِه المسألة والتي قبلها: أن الأمر بالبيع[١] يُصادف[٢] ملك الآمر؛ فيصح، فيعتبر فيه إطلاقه، والأمر بالشراء[٣] يُصادف[٤] ملك الغير؛ فلم يصح، فلم يعتبر فيه الإطلاق، ولا التقييد[٥].

وُكِّل ببيع عبد في السوق، فباعه في البيت

قال: (أو بيعه في السوق، فباعه في البيت[٦]، أجزناه).

إذا أمره أن يبيع هٰذِه السلعة في السوق، فباعها[٧] الوكيل في بيته، جاز عندنا[٨]. وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوز، ولا ينفذ على الموكل[٩]؛ لأنه مخالف، حقيقة.

---

(١) في (أ، ج): (في البيع) بدل (بالبيع).
(٢) في (ج): (تصادق) بدل (يصادف).
(٣) من قوله: (يصادف ملك الآمر...) إلىٰ قوله: (إطلاقه، والآمر بالشراء) غير موجود في (أ).
(٤) في (ج): (تصادق) بدل (يصادف).
(٥) «الهداية» ٣/ ١٤٦-١٤٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٢-٢٧٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٠.
(٦) في (ب): (بيته) (بدل) (البيت).
(٧) في (ج): (فباعه) بدل (فباعها).
(٨) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩١.
(٩) ينظر المراجع السابقة.

ولنا: أن هٰذا التقييد غير مفيد، فيلغوا، فبقي الأمر بمطلق البيع، وقد وجد، فينفذ[١][٢].

مخالفة الوكيل أمر الموكل إلى خير

قال: (ولو خالف إلىٰ خير أنفذناه).

الوكيل إذا خالف أمر الآمر إلىٰ خير أنفذناه على الآمر[٣]. وقال زفر: لا ينفذ[٤]؛ لأنه مخالفة[٥]، حقيقة.

ولنا: أن عدم النفاذ معلل بفوات رضى الآمر، فإذا[٦] أتىٰ بجنس المأمور به، وكان خيرًا منه، كان أشد رضًا به ظاهرًا، فلم يوجد المعنى الذي لأجله يمتنع النفاذ.

---

(١) في (أ): (فنفذ) بدل (فينفذ).

(٢) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩١.

(٣) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«الهداية» ٣/١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٦٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/١٦٣.

(٤) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩١.

(٥) في (أ، ج): (يخالفه) بدل (مخالفة).

(٦) في (ج): (وإذا) بدل (فإذا).

وكّله أن يبيع بيعًا فاسدًا، فباع بيعًا صحيحًا

قال: (ولو أمره[١] بالبيع فاسدًا، فباع صحيحًا، أوقفه على الإجازة، وأنفذاه).

إذا وكل[٢] رجلًا أن يبيع داره بيعًا فاسدًا، فباعها بيعًا صحيحًا: قال محمد: لا ينفذ عليه، بل يتوقف؛ فإن أجازه جاز[٣].

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: نفذ على الآمر[٤].

له -وهو القياس: أنه أتىٰ بغير ما أُمر به؛ فإنه أمر بأن يبيعها بيعًا لا يزول به ملكه عنها[٥]؛ فإن البيع الفاسد نفسه لا ينقل الملك بدون القبض، والبيع الصحيح ينقل؛ فلم ينفذ؛ لمكان المخالفة، ولأنه مأمور ببيع يبقىٰ معه حق الاسترداد، وقد باعه بيعًا انقطع به هٰذا الحق؛ فكان مخالفًا.

ولهما -وهو الاستحسان-: أنه مخالف إلىٰ خير، فينفذ؛ [ب/٢٣١ب] لأنه أمره ببيع حرام، وقد باع بيعًا حلالًا، وعدم نقل الملك بنفس البيع ممنوع، فإنه لو سلم إليه المبيع، ثم باعه، زال الملك، أو باع من الغاصب، زال الملك، وإذا[٦] اشترىٰ من يعتق عليه شراءً فاسدًا؛ زال الملك بمجرد الشراء، فعلم أنه قد يزول به الملك، وإنما تمكن البائع

---

(١) في (ج): (أمر) بدل (أمره).

(٢) في (ب): زيادة (رجل) بعد قوله: (وكل).

(٣) «المبسوط» ١٩/٥٦، و«منظومة النسفي» لوحة ١٥٨/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/٢٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٥٩/ب، ١٦٠/أ.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (ج): (لا يخرج به المبيع من ملكه بدون القبض) بدل (لا يزول به ملكه عنها).

(٦) في (أ): (إذا) دون الواو.

في البيع الفاسد من الاسترداد، فليس لأنه[1] [جـ/٢٩٩أ] حقه، بل ذلك؛ لحق الشرع؛ فإن البائع رضي بزوال ملكه، فلا تفاوت بين الصحيح والفاسد بالنسبة إليه، وإنما التفاوت[2] بالنسبة إلى الشرع، وحق الشرع، في الصحيح[3].

اشتراط الوكيل الخيار، ثلاثة أيام، وقد أمره الموكِّل باشتراطه شهرًا

قال: (أو بالبيع بخيار شهر، فاشترط ثلاثة أيام، فهو جائز).

إذا قال: بع عبدي هٰذا. واشترط الخيار شهرًا، فباعه، واشترط[4] ثلاثة أيام: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجوز[5].

وقالا: لا يجوز[6]؛ لأنه خلاف إلىٰ شر، فإن الخيار إلىٰ شهر يجوز عندهما، والبيع الذي يبقىٰ معه الملك شهرًا خير للبائع من البيع الذي لا يبقىٰ ملكه على المبيع أكثر من ثلاثة أيام، فكان خلافًا إلىٰ شر، فلم ينفذ.

---

(١) في (ج): (له) بدل (لأنه).

(٢) عبارة: (بالنسبة إليه، وإنما التفاوت) غير موجود في (ج).

(٣) «المبسوط» ١٩/٥٦، و«بدائع الصنائع» ٦/٢٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

(٤) في (أ، ب): (واشترطه) بدل (واشترط).

(٥) «المبسوط» ١٩/٥٥، و«منظومة السنفي» لوحة ٢٧/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/٢٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

وله: أن هٰذا الخلاف[١] إلىٰ خير عندي؛ لأن البيع بشرط الخيار شهرًا[٢] فاسد عندي، والبيع بشرط الخيار ثلاثة أيام جائز، فكان[٣] خلافًا إلىٰ خير، فينفذ[٤].

إذا شرط الوكيل الخيار ثلاثًا، فازدادت القيمة في المدة، فأجاز الموكل، أو سكت

قال: (ولو شرطه، فازدادت القيمة في المدة، فأجاز أو سكت حتىٰ مضت، فالبيع لازم، ويُلزمه بالسكوت، ونفاه[٥] بهما).

إذا باع عبدًا، وشرط الخيار ثلاثة أيام؛ فازدادت قيمته، فأجاز الوكيل البيع، أو سكت عن الإجازة، حتى ٱنقضت مدة الخيار، لزم البيع عند أبي حنيفة ﵁[٦]؛ بناءًا علىٰ أصله؛ فإن إنشاء هٰذا العقد، ٱبتداءً، بما يعزُّ ويهون، يجوز، فهٰذا أولىٰ. وعند أبي يوسف ﵀: إن أجاز باللفظ لم

---

(١) في (أ): (خلاف) بدل (الخلاف).

(٢) في (ج): (شراء) بدل (شهرًا). (٣) في (ج): (وكان) بدل (فكان).

(٤) «المبسوط» ١٩/٥٥، و«بدائع الصنائع» ٦/٢٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

(٥) في (ج): (ونفاذه) بدل (ونفاه). والمراد: نفي الإمام محمد بن الحسن الجواز باللفظ والسكوت. ينظر: «شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٢.

(٦) «منظومة النسفي» لوحة ٨٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٢.

يجز، وإن سكت حتى آنقضت المدة جاز البيع[١]؛ لأنه لم يجدد بعد آزدياد القيمة شيئًا، والإجازة باللفظ[٢][٣] كإنشاء العقد، ولا يجوز عندهما بدون ثمن المثل. وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تجوز الإجازة باللفظ، ولا بالسكوت، إلي حين آنقضاء المدة[٤]؛ لأن كلا من ذَينك يضاف إلى الوكيل، وهو لا يملك الإنشاء بعد آزدياد القيمة، فلا يملك تنفيذه بالقول، ولا بالسكوت.

اعتاق الوكيل

نصف العبد الذي أُمر بعتقه كله، أو العكس

قال: (أو بعتق عبد، فأعتق نصفه، فهو صحيح[٥]، وقالا: كله[٦]، أو بنصفه فكله[٧]، فباطل[٨]، وأنفذاه[٩]).

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) من قوله: (لم يجز، وإن سكت حتى آنقضت المدة....) إلىٰ قوله: (القيمة شيئًا، والإجارة باللفظ) غير موجود في (ج).

(٣) في (ج): زيادة (لا يجوز؛ لأنه) قبل قوله: (كإنشاء العقد).

(٤) «منظومة النسفي» ٨٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٢.

(٥) «المبسوط» ١٩/ ٩٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) في (ب): (وكله) بدل (فكله).

(٨) «المبسوط» ١٩/ ٩٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

(٩) ينظر المراجع السابقة. والمعنىٰ: إذا وكّله بعتق نصف العبد، فأعتق كله، فهو باطل عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف، ومحمد: صحيح.

هاتان المسألتان، وهما: ما إذا أمره بإعتاق عبده، فأعتق نصفه. أو أمره بإعتاق نصفه، فأعتق كله.

من فروع الخلاف في مسألة تجزي الإعتاق[١]، وسيأتي الكلام فيها -إن شاء الله تعالىٰ.

وكلَّه بتزويجه امرأة، فزوجه بغبن فاحش في المهر

قال: (أو بتزويج ٱمرأة، فزوَّجه بغبن فاحش في المهر، فهو جائز).

إذا أمره أن يزوجه ٱمرأة، ولم يذكر مهرًا، فزوجه الوكيل ٱمرأة، وزاد في مهر مثلها زيادة فاحشة:

قال أبو حنيفة ﵁: النكاح جائز، والعقد لازم[٢]. وقالا: لا يجوز العقد[٣]. وهٰذا الخلاف بناء على الخلاف في البيع بالغبن الفاحش. والفرق لأبي حنيفة ﵁ بين النكاح والوكالة بالشراء: تمكن الشبهة في الشراء دون النكاح؛ فإن الوكيل [١٩٧/أ] بالنكاح يضيف العقد إلى الموكل[٤]، فلا يقع النكاح لنفسه، وفي الشراء يضيفه إلىٰ نفسه، فيمكن أن يقع الشراء له، فإذا لم يرض به ألزمه الآمر[٥].

---

(١) يعني: يعتق كل العبد، عند أبي يوسف ومحمد.

(٢) «المبسوط» ١١٧/١٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«الهداية» ١٤٦/٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (أ): (موكله) بدل (الموكل).

(٥) «المبسوط» ١١٧/١٩، و«الهداية» ١٤٦/٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ.

إذا وكّله في تزويجه، فزوجه بغير كفء

قال: (أو بغير كفء، ممن تقبل لها شهادة الوكيل، فهو جائز، أو بكفء، ممن لا تقبل لها شهادة الوكيل، فهو غير جائز[1]، واستثنيا من يلي عليها الوكيل).

[جـ/٢٢٩ب] إذا وكله بتزويج ٱمرأة، فزوجه الوكيل بغير كفء.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن كانت ممن لا يقبل لها شهادة الوكيل، لا يجوز، كبنته، وإن كانت ممن تقبل[2]، كأخته وعمته، وخالته، وبنت أخته، فالعقد جائز[3].

وقالا: لا يجوز تزويجه إلَّا بالكفء، وإن كانت ممن لا تقبل شهادته لها، لكن يجب أن يكون ممن لا يلي عليها الوكيل، كبنته الصغيرة[4].

فهما جريا علىٰ أصلهما، في ٱشتراط الكفاءة، من تقييد المطلق بالمتعارف؛ عملًا بالعرف الغالب، واستثنيا من يلي عليها الوكيل؛ لأنه كالعقد مع نفسه.

وأبو حنيفة جرىٰ علىٰ أصله في عدم ٱشتراط الكفاءة من إعمال حقيقة اللفظ، وإجرائه علىٰ إطلاقه، وليست حقيقته[5] مهجورة، فكثير من الناس

---

(١) قوله: (أو بكفء، ممن لا تقبل لها شهادة الوكيل، فهو غير جائز) غير موجود في (ب، ج).

(٢) لفظ: (تقبل) غير موجود في (ب).

(٣) «المبسوط» ١٩/١١٨، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٢.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (ج): (حقيقة) بدل (حقيقته).

يتبع هواه في تزويج غير الكفء، ثم أستثنىٰ من لا تقبل شهادة الوكيل لها؛ أحترازًا عن التهمة؛ فإن الوكالة [ب/١٢٣٢] المطلقة يستثنىٰ منها مواضع التهمة[١].

وكّله في تزويجه بهذِه الحرة، ففعل بعد ارتدادها، ولحوقها بدار الحرب، وسبيها

قال: (أو بهٰذِه الحرة، فزوجه بها بعد لحقاها، وسبيها؛ فهو جائز).

رجل وكّل رجلًا بتزويجه من هٰذِه الحرة، فارتدت -والعياذ بالله، ولحقت بدار الحرب، ثم سبيت، وأخرجت إلىٰ دار الإسلام، فزوجه بها، فالنكاح جائز عند أبي حنيفة[٢] ﵁، خلافًا لهما[٣]؛ وهٰذا أيضًا؛ بناءًا على الأختلاف في تقييد الإطلاق بالعرف، عندهما، وإجرائه علىٰ إطلاقه عنده[٤].

---

(١) «المبسوط» ١٩/١١٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٣.

(٢) «المبسوط» ١٩/ ١٢٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٩٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/أ، ١٦٠/ب.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «المبسوط» ١٩/١٢٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٩٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/ب.

صلح الوكيل الموكل بالصلح عن دم العمد بأقل من الدية

قال: (أو بالصلح من دم العمد، فصالح علىٰ أقل من الدية، فهو صحيح)[(١)].

وهٰذِه المسألة؛ بناءًا علىٰ تقييد الإطلاق بالمتعارف عندهما، وعلى العمل بالإطلاق عنده كما في البيع[(٢)].

أمره بالصلح عن موضَّحة بخمسمائة، فبرأت

قال: (أو عن موضحة[(٣)] خطأ، وما يحدث منها، بخمسمائة، فبرأت، فله نصف عشرها، ويرد الباقي، وقالا: الكل له).

رجل شجَّ رجلًا موضحةً خطأ، فوكل في الصلح عنها، وما يحدث منها، علىٰ خمسمائة، فبرئت الموضحة.

---

(١) أي: عند أبي حنيفة ﷺ، خلافا لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله. ينظر: «المبسوط» ١٩/١٤٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٣.

(٢) «المبسوط» ١٩/١٤٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٣.

(٣) المُوضَّحة: نوع من أنواع الشجاج، وهي التي تبدي، وتوضح، العظم- أي: تظهره. «الصحاح» ١/٤١٦، مادة (وضح) و«طلبة الطلبة» ص٣٣٥، و«المطلع على أبواب المقنع» ص٣٦٧، و«المصباح المنير» ٢/٦٦٢، مادة (وضح)، و«أنيس الفقهاء» ص٢٩٤.

قال أبو حنيفة ﷺ: له خمسة وعشرون من الخمسمائة، ويرد الباقي[١].

وقالا: لا يرد شيئًا، والكل له[٢].

وهٰذا الخلاف بناء علىٰ أصل، وهو: أن الصلح عن الموضحة صلح عنها، وعما[٣] يحدث منها، وذكر ما يحدث[٤] منها، والسكوت عن ذكره سواء عندهما[٥]، وعنده: أن الصلح عن الموضحة ليس صلحًا عما يحدث منها؛ فهما يقولان[٦]: الصلح عن الشجة صلح عما يحدث منها؛ ألا ترىٰ أنه لو صالح عنها، فمات المشجوج؛ لا يجب شيء؟

فكذلك إذا صالح عنها، وعما يحدث منها، وجب أن يكون على الموكل، ولا يلزمه شيء إذا بريء، وهو يقول: الصلح عن الموضحة، وما يحدث منها، صلح مقابل بشيئين: الموضحة والنفس، وقد سلمت نفسه، فبان أن حقه في الشجة وحدها، فوجب أن يقسم الدية علىٰ: دية النفس، ودية الشجة.

ودية النفس عشرة آلاف، فالشجة منها نصف عشرها، فقسمت الخمسمائة علىٰ عشرة، فما أصاب نصف[٧] سهم منها كان بإزاء الشجة، فيُسلّم له، ويرد الباقي[٨].

---

(١) «المبسوط» ١٩/ ١٥٢-١٥٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٣.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ب، ج): (ما) بدل (عما).

(٤) في (أ، ج): (الحادث) بدل (ما يحدث).

(٥) لفظ: (عندهما) غير موجود ي (أ، ب).

(٦) في (ب): زيادة (أن) بعد قوله: (يقولان).

(٧) لفظ: (نصف) غير موجود في (أ، ج).

(٨) «المبسوط» ١٩/ ١٥٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٣.

فصل [ج/ ٣٠٠أ]

في الوكيلين، والعزل، وبطلان الوكالة[١]

حكم وكالة الاثنين، وانفراد أحدهما بالتصرف

قال: (وإذا وكّل ٱثنين، لم ينفرد أحدهما في كل تمليك، أو عقد فيه بدل، وأجزناه في الخصومة).

الأصل في هٰذا: أنه إذا وكّل رجلين، لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون صاحبه في شيئين:

أحدهما: كل عقد فيه[٢] بدل، كالبيع، والشراء، والإجارة، والنكاح، والطلاق بعوض، والعتق بعوض[٣]؛ وهٰذا لأنه يحتاج إلى الرأي والنظر[٤]، والموكل إنما رضي برأيهما، فلا ينفذ عليه رأي أحدهما.

والثاني: ما ليس فيه بدل، ولكنه ملكهما أمره، كما إذا قال: أمر ٱمرأتي بيد كما، أو يقول: طلقاها إن شئتما.

لأن ما خرج مخرج التمليك، فالمشيئة فيه شرط، وكذلك المجلس، فصار كقوله: طلقاها إن شئتما. فلا يجوز ٱنفراد أحدهما بالإيقاع؛ لوجود أحد الشرطين.

وما عدا هذين الموضعين، فلأحدهما الأنفراد، كالطلاق، والعتاق بغير عوض، ورد الوديعة، وقضاء الدين؛ لأن ذلك غني عن الرأي،

---

(١) قال العيني في «المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٣: (لما بين أحوال الوكيل الفرد، أخذ في بيان أحوال الوكيلين، وما يبطلهما، ومالا).

(٢) لفظ: (فيه) غير موجود في (ج).

(٣) لفظ: (بعوض) غير موجود في (ج).

(٤) في (ج): (النطق) بدل (النظر).

وليس فيه شرط مفقود[(١)].

فأما الخصومة: فقال زفر: لا يجوز ٱنفراد أحدهما بها[(٢)]؛ لأنها مما تحتاج إلى الرأي، والموكل لم يرض برأي أحدهما، فلا يملكها وحده.

ولنا: أن ٱجتماعهما معا في الخصومة لا يفيد؛ لأن القاضي لا يفهم عنهما إذا تكلما معا، والموكل يعلم ذلك، فكان راضيًا بخصومة أحدهما.

وأما ٱنتفاعهما؛ فيحصل باجتماعهما علىٰ ما ينبغي أن يورد في مجلس القضاء قبل الخصومة فيه[(٣)].

توكيل الوكيل غيره

قال: (ولا يملك الوكيل التوكيل إلَّا بإذن أو تعويض).

ليس للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل فيه إلَّا بإذنه[(٤)] الموكل، أو يقول له: ٱعمل برأيك؛ لأن الآراء مختلفة، والموكل إنما رضي برأيه دون غيره، فلا يلزمه غير ما رضي به.

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٤٤، و«المبسوط» ١٩/ ٤٢-٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢، و«الهداية» ٣/ ١٤٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢-١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥.

(٢) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٣/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٠/ب، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٣٩.

(٣) «الجامع الصغير» ص٤٠٧، و«المبسوط» ١٩/ ٣٢، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٣/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢-٣٣، و«الهداية» ٣/ ١٤٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٤.

(٤) في (ب، ج): (إلا أن يأذن له) بدل (إلا بإذن).

فأما إذا أذن[(١)] له، جاز؛ لأن المنع من ذلك إنما كان لحقه، فإذا أذن فيه، أو فُوِّض إلىٰ رأيه، جاز[(٢)]. [أ/١٩٧ب]

عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول

قال: (فلو عقد الثاني بحضرة الأول، أجزناه).

إذا لم يكن الوكيل مأذونًا له بالتوكيل، فوكَّل، فعقد وكيله بحضرته؛ جاز عندنا[(٣)]. وقال زفر: لا يجوز؛ لأن التوكيل الثاني لم يصح، فلم يصح التصرف الصادر عنه مطلقًا، كما لو عقد بغيبته[(٤)].

ولنا: أن[(٥)] الموكل رضي التصرف برأي الأول، وهٰذا التصرف [ب/٢٣٢ب] واقع برأيه؛ لحضوره؛ فصح؛ بخلاف الغيبة[(٦)].

---

(١) في (ج): (رضي) بدل (أذن).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٤٤، و«الهداية» ٣/ ١٤٨-١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٠.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٤٥، و«المبسوط» ١٩/ ٣٢، و(منظومة النسفي» لوحة ١٠٣/ب، و«الهداية) ٣/ ١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٦-٢٧٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٠.

(٤) «المبسوط» ١٩/ ٣٢، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٣/ب، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦١/أ، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٦.

(٥) لفظ: (أن) غير موجود في (ج).

(٦) «المبسوط» ١٩/ ٣٢، و«الهداية» ٣/ ١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٦-٢٧٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦١/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٠.

عقد الوكيل الثاني، بغير حضرة الأول، فأجازه الأول

قال: (أو بغير حضرته، فأجازه[١]، جاز).

ولو أن الوكيل الثاني عقد مع غيبة الوكيل الأول، فأجازه الوكيل الأول[٢]، جاز؛ لأن إجازته إمضاء للعقد برأيه، فكأنه عقده[٣] بنفسه. وهٰذِه[٤] المسألة بناء علىٰ جواز توقف[٥] العقد على الإجازة[٦].

عزل الموكل وكيله

قال: (ويملك الموكل عزله، ما لم يتعلق بها حق الغير).

وهٰذا؛ لأن الوكالة حق للموكل خاصة، فكان له إبطاله، وأما إذا تعلق بها حق الغير -بأن كان وكيلًا بالخصومة [جـ/٣٠٠ب] بطلب من جهة الطالب- فلا يصح العزل؛ لما فيه من إبطال حق الغير، وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن[٧].

---

(١) في (جـ): (فأجاز) بدون ضمير، بدل (فأجازه).

(٢) لفظ: (الأول) غير موجود في (جـ).

(٣) في (جـ): (عقد) بدون ضمير بدل (عقده).

(٤) لفظ: (هٰذِه) غير موجود في (جـ).

(٥) لفظ: (توقف) غير موجود في (جـ).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٤٥، و«المبسوط» ١٩/ ٣٢، و«الهداية» ٣/ ١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٧٦-٢٧٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٠-٢٤١.

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٤٥، و«المبسوط» ١٩/ ٦-٧، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٦.

أثر علم الوكيل بالعزل، وعدم العلم، على تصرفه

قال: (ونشترط علمه[١] في إبطال تصرفه).

إذا لم يعلم الوكيل بعزل الموكل، فهو علىٰ وكالته، وتصرفه جائز، حتىٰ يبلغه العزل[٢]. وقال الشافعي ﷺ في أظهر قوليه: ينعزل[٣][٤]؛ لأنه معنىٰ تنفسخ به الوكالة، فلا يفتقر إلىٰ علم الوكيل[٥]؛ كما لو باع الموكل ما وكل ببيعه[٦].

ولنا: أن العزل نهي عن التصرف، فلا يثبت حكمه بدون علمه، كالنهي الشرعي؛ ولأنه نهي يتضمن إلزام الضمان عليه بالتصرف، فيما كان مؤتمنًا فيه، وذلك ضرر، فلا يلزمه من دون علمه؛ كالوديعة؛ ولأن الوكالة تتعلق بالوكيل والموكل، فإذا لم يملك أحدهما عزل نفسه، من دون علم الآخر، لم يملك الآخر ذلك؛ رعايةً للتساوي بينهما[٧].

---

(١) لفظ: (علمه) غير موجود في (ج).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٤٥، و«المبسوط» ١٩/ ١٦، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٠، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٣-٢٩٤.

(٣) في (ج): (يعزل) بدل (ينعزل).

(٤) «الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ٢/ ٤٦١، و«التنبيه»ص١١٠، و«المهذب» ١/ ٣٦٤، و«النكت» ٣/ ٨٠٢، و«الوجيز» ١/ ١٩٣، و«المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ٢/ ٢٣٢، و«الغاية القصوىٰ» ١/ ٥٤٧.

(٥) في (ب، ج): (الموكل) بدل (الوكيل).

(٦) «المهذب» ١/ ٣٦٤، و«النكت» ٣/ ٨٠٣، و«فتح العزيز» ١١/ ٦٧، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢٣٢.

(٧) «المبسوط» ١٩/ ١٦، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٧.

متى يثبت عزل الوكيل

قال: (والعزل يثبت بإخبار ٱثنين، أو واحدٍ عدل، وقالا: بواحد مطلقًا، كالرسالة).

الوكيل إذا جاءه رسول الموكل بعزل، خرج عن الوكالة، سواء كان الرسول عدلًا، أو غير عدل؛ لقيام الرسول مقام المرسل، فكأنه خاطبه بالعزل شفاهًا، فلا تعتبر صفاته.

أما إذا أخبره بذلك مخبرٌ، لا علىٰ وجه الرسالة: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يعتبر العدد أو العدالة، فإن كان واحدًا، ٱشترط أن يكون عدلًا، وإن كان المخبر ٱثنين كفىٰ، ولم يعتبر[1] فيهما العدالة[2]. وقالا: يكفي في ذلك إخبار الواحد عدلًا كان، أو غير عدل[3]؛ لأنه خبر واحد في المعاملات، فلا يعتبر فيه العدالة، كسائر أخبار[4] المعاملات.

وله: أن هٰذا الخبر جارٍ مجرى الشهادة؛ لإيجابه[5] الضمان على الوكيل بالتصرف، وفيه شبه بأخبار المعاملات؛ لأن العزل عن الوكالة منها، فوجب ٱعتبار الشبهين، فيثبت أحد شطري الشهادة، ويسقط الآخر[6].

وقوله: (مطلقًا، كالرسالة) من الزوائد.

---

(١) عبارة: (ولم يعتبر) غير موجودة في (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٠٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٦/أ، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦١/أ.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) لفظ: (أخبار) غير موجود في (ج).

(٥) في (ج): (لإجابة) بدل (لإيجابه).

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦١/أ.

بطلان الوكالة بالموت، وبالجنون المطبق

قال: (وتبطل بموت أحدهما، وجنونه جنونًا مُطْبِقًا، ويقدره بشهر، أو أكثر من يوم وليلة، وقَدَّره بحول).

أما في الموكل؛ فلأن التوكيل تصرف غير لازم، وكل تصرف غير لازم فلبقائه حكم ٱبتدائه، فيشترط قيام الأمر بقاءً، وهٰذِه العوارض تبطله، ولا يلزم وكيل الراهن؛ حيث لا تبطل وكالته بموت الموكل[1]، وجنونه؛ لتعلق[2] حق الغير بها، فلم يمكن[3] إبطاله[4].

وشرط الجنون أن يكون مطبقًا؛ لأن قليله بمنزلة الإغماء، فلا يعتبر في إبطال الوكالة[5].

وعن أبي يوسف رحمه الله -في حد الجنون المطبق- روايتان:

ففي إحداهما: هو مقدر بشهر[6]؛ ٱعتبارًا بما يسقط به الصوم.

وفي الثانية: إذا زاد علىٰ يوم وليلة[7]؛ لسقوط الصلوات الخمس به، فالتحق بالميت.

---

(١) في (أ): (الرجل) بدل (الموكل).

(٢) في (ج): (ليتعلق) بدل (لتعلق). (٣) في (ج): (يكن) بدل (يمكن).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٤٥، و(المبسوط» ١٩/ ١٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٧.

(٥) ينظر المراجع السابقة».

(٦) «المبسوط» ١٩/ ١٣، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٥، و(بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٧، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٤٦.

(٧) «المبسوط» ١٩/ ١٣، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦١/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٩.

وعند محمد ﷺ: حول كامل[(١)]؛ لسقوط جميع العبادات [جـ/٣٠١أ] به، فقدر[(٢)] به؛ أحتياطًا.

ذكر الخلاف في «الهداية»[(٣)] وهو من الزوائد.

وأما في الوكيل؛ فلانقطاع الأمر بموته، وجنونه، وتصرفه كان بالأمر، وقد بطل؛ فتبطل الوكالة[(٤)].

أثر لحوق الموكل بدار الحرب، بعد ردته، على الوكالة

قال: (ولحاق الموكل، بعد ردته، بدار الحرب مبطل، وقالا: إن حكم به).

إذا أرتد الموكل والعياذ بالله، ثم لحق بدار الحرب؛ بطلت وكالته عند أبي حنيفة[(٥)] رضي الله عنه.

(١) «المبسوط» ١٩/١٣، و«تحفة الفقهاء» ٣/٢٣٥، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٨، و«الهداية» ٣/١٥٣، و«الاختيار» ٢/١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٨٨، و«البحر الرائق» ٧/١٨٩، و«مجمع الأنهر» ٢/٢٤٧، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/١٤٦.

(٢) في (ب): (فتقدر) بدل (فقدر).

(٣) ٣/١٥٣.

(٤) «الكتاب» ٢/١٤٦، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٨، و«الهداية» ٣/١٥٤، و«الاختيار» ٢/١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٨٧، و«البحر الرائق» ٧/١٨٨، و«مجمع الأنهر» ٢/٢٤٧.

(٥) «الكتاب» ٢/١٤٦، و«تحفة الفقهاء» ٣/٢٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٨، و«الهداية» ٣/١٥٣، و«الاختيار» ٢/١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٨٨، و«البحر الرائق» ٧/١٨٩، و«مجمع الأنهر» ٢/٢٤٧.

وقالا: لا تطبل، حتىٰ يحكم الحاكم بلحاقه، أو يموت علىٰ ردته، أو يقتل[(١)].

وهٰذا الخلاف بناء على ٱختلافهم في المرتد: فعند أبي حنيفة ﷺ: تصرفاته موقوفة، فكذا وكالته، فإن أسلم نفذت، وإن مات، أو قتل، أو لحق بدار الحرب؛ بطلت تصرفاته؛ فتبطل وكالته[(٢)]. وعندهما: تصرفات المرتد نافذة؛ فلا تبطل وكالته حتىٰ يموت، أو يقتل على الردة، [ب/٢٢٣أ] أو يلحق بدار الحرب، ويحكم[(٣)] الحاكم بلحاقه[(٤)]. وسيأتي الكلام في هٰذِه المسألة -إن شاء الله.

وهٰذا الخلاف مذكور في «الهداية»[(٥)].

إذا عاد الوكيل من دار الحرب مسلمًا، بعد لحوقه بها

قال: (وإذا لحق الوكيل بطل تصرفه، فإن عاد مسلمًا لا يعيده، وخالفه).

أما بطلان تصرفه؛ فلأن ٱختلاف[(٦)] الدارين يمنع ثبوت الأحكام بينهما، فتعذر التصرف، فبطلت الوكالة، فصار كأنه مات[(٧)].

---

(١) «المبسوط» ١٩/ ١٤، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨، و«الهداية» ٣/ ١٥٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٨٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٧.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ج): (حكم) بدل (يحكم).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) ٣/ ١٥٣.

(٦) في (ج): (فلاختلاف) بدل (فلأن ٱختلاف).

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٤٦، و«المبسوط» ١٩/ ١٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨، و«الهداية»

فأما إذا عاد إلىٰ دار الإسلام مسلمًا: قال أبو يوسف ﷺ: لا يعود[(١)] إلى الوكالة، إلَّا أن يجددها[(٢)].

وقال محمد ﷺ: يعود إلىٰ وكالته[(٣)]؛ لأن الردة لا تنافي الوكالة[(٤)]؛ بدلالة ما قبل اللحاق، وقطع التصرف باللحاق إنما كان لتعذر؛ التصرف في دار الحرب، فإذا عاد ارتفع المانع، والوكالة إطلاق في التصرف، فيعود وكيلًا؛ كمن وكل رجلًا ببيع عبد بالكوفة، فخرج الوكيل إلى البصرة، لم يكن له بيعه، فإذا عاد [١٩٨/أ] إلى الكوفة كان علىٰ وكالته. ولأبي يوسف ﷺ: أن الوكالة إثبات ولاية التنفيذ[(٥)]؛ لأن أصل التصرف بناء على الأهلية، وولاية التنفيذ بالملك، وباللحاق بدار الحرب لحق بالأموات، فبطلت الولاية، فلا تعود؛ كملكه في أم الولد والمدبر[(٦)].

٣/ ١٥٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٩٠.

(١) في (ج): (لا يعيد) بدل (لا يعود).

(٢) «المبسوط» ١٩/ ١٤، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٦، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦١/ب، و«منحة الخالق على البحر الرائق» ٧/ ١٩٠، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٤٦.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) قوله: (إلا أن يجددها، وقال محمد ﷺ: يعود إلىٰ وكالته؛ لأن الردة لا تنافي الوكالة) غير موجود في (ج).

(٥) في (ب، ج): (التقييد) بدل (التنفيذ).

(٦) «المبسوط» ١٩/ ١٤-١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨-٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و(تبيين الحقائق) ٤/ ٢٨٨.

أثر عودة الموكل من دار الحرب، مسلمًا، على الوكالة

قال: (ولو عاد الموكل لم تعُدْ في الظاهر[(١)]، وأعاده[(٢)]).

وجه قوله محمد رحمه الله: أن الملك زال؛ فبطلت الوكالة، فإذا عاد مسلمًا عاد ملكه، فوجب أن يعود بحقوقه[(٣)].

ووجه الظاهر: أن اللحاق بمنزلة الموت، ولو مات لم تعد الوكالة، والفرق بين الموكل والوكيل: أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك، وقد زال باللحاق، وفي حق الوكيل على معنىٰ قائم به[(٤)]، ولم يزل باللحاق[(٥)]. والمسألة من الزوائد.

إذا وكّل المكاتب فعجز، أو المأذون فحجر عليه، أو الشريكان، فافترقا

قال: (وإذا وكل المكاتب فعجز، أو المأذون فحجر عليه، أو الشريكان فافترقا، بطلت، علم أو لم يعلم).

لأن بقاء الوكالة يعتمد بقاء الأمر، وقد بطل بالحجر، والعجز،

---

(١) «المبسوط» ١٩/ ١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٧-٢٤٨، و«منحة الخالق على البحر الرائق» ٧/ ١٩٠.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ج): (لحقوقه) بدل (بحقوقه).

(٤) لفظ: (به) غير موجود في (ب).

(٥) «المبسوط» ١٩/ ١٥، و«بدائع الصنائع) ٦/ ٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٨-٢٨٩، و«منحة الخالق على البحر الرائق» ٧/ ١٩٠.

والافتراق، ولما كان هٰذا عزلًا حكميًا لا قصديًا،لم يفترق فيه الحال بين العلم وعدمه؛ كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل بنفسه(١).

بطلان الوكالة بتصرف الموكل فيما وكل به

قال: (أو تصرف الموكل فيما وكل به؛ بطلت، فلو باعه فرد عليه بعيب بقضاء، يمنع الوكيل عن بيعه، وأجازه له).

إذا وكل رجلا بشيء، ثم تصرف الموكل فيه [جـ/٣٠١ب] بنفسه؛ بطلت الوكالة؛ كما إذا أمره ببيع عبده، ثم باعه بنفسه، أو بإعتاق عبده أو مكاتبه، أو بتزويج ٱمرأة، أو بطلاق ٱمرأته، فطلقها الزوج ثلاثًا أو واحدة، وانقضت عدتها، أو بخلع(٢)، فخالع بنفسه.

ووجه البطلان: تعذر تصرف الوكيل عند مباشرة الموكل بنفسه(٣).

فلو تزوجها بنفسه، ثم أبانها(٤)، لم يكن للوكيل التزويج ثانيًا؛

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٤٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٣-١٥٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٣ -١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٤-٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٩٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٨.

(٢) في (أ): (بالخلع) بدل (بخلع).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٤٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٩٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٨.

(٤) أبانها: يقال: بان الشيء عن الشيء إذا ٱنقطع عنه وانفصل.
والمراد هنا: الفرقة بين الزوجين .
«حلية الفقهاء» ص١٧٢، و«طلبة الطلبة» ص١٢٠، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٣٣٢، و«المصباح المنير» ١/ ٧٠، مادة (بان) و«أنيس الفقهاء»ص١٥٨.

لانقضاء الحاجة، بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وأبانها، فإن له أن يزوجها الموكل؛ لبقاء الحاجة[١].

وأما إذا أمره[٢] ببيع عبده، فباعه بنفسه؛ بطلت الوكالة[٣]، فلو رد العبد على الموكل بعيب بقضاء قاضٍ: قال أبو يوسف رحمه الله -في رواية: ليس للوكيل أن يبيعه مرة ثانية[٤]؛ لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف؛ فصار كالعزل قصدًا.

وقال محمد رحمه الله: له أن يبيعه مرة أخرىٰ[٥]؛ لأن الموكل لم يعزله[٦] قصدًا، وإنما تعذر عليه التصرف بخروج العبد من ملك الموكل، فإذا عاد علىٰ حكم الموكل عادت حقوقه، وصار كأنه لم يخرج؛ ولأن الوكالة إطلاق، والمانع عن التصرف قد زال، فيثبت له التصرف، بخلاف الوكيل بالهبة إذا وهب الموكل ثم رجع فيه، لم يكن للوكيل الهبة ثانيًا.

والفرق: أن الرجوع حاصل باختيار الراجع، فزالت الحاجة إلى الوكالة، وأما الرد بالعيب بقضاء القاضي؛ فحاصل بغير ٱختياره؛ فلم

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٨٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٩٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٨.

(٢) لفظ: (أمره) غير موجود في (ج).

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٣٩٦.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) في (ج): (يعزل له) بدل (يعزله).

يكن دليل عدم الحاجة[١]، فإذا عاد إليه قديم[٢] ملكه[٣] ثبت[٤] للتوكيل التصرف[٥].

وهٰذا الفرع من الزوائد. والله الموفق والمعين[٦].

---

(١) قوله: (فحاصل بغير ٱختياره؛ فلم يكن دليل عدم الحاجة) غير موجود في (ج).

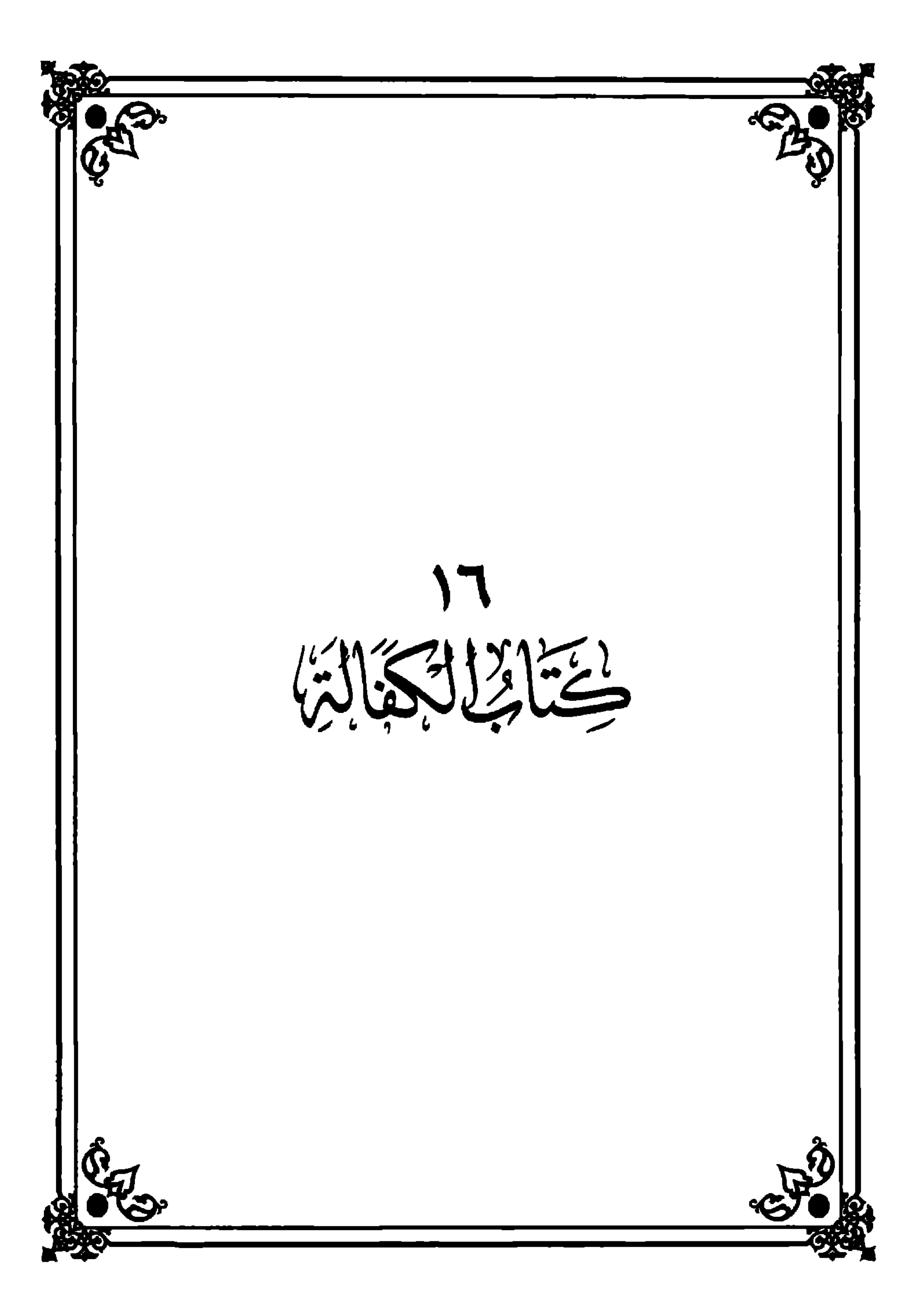
(٢) في (ج): (تم) بدل (قديم).

(٣) لفظ: (ملكه) غير موجود في (أ).

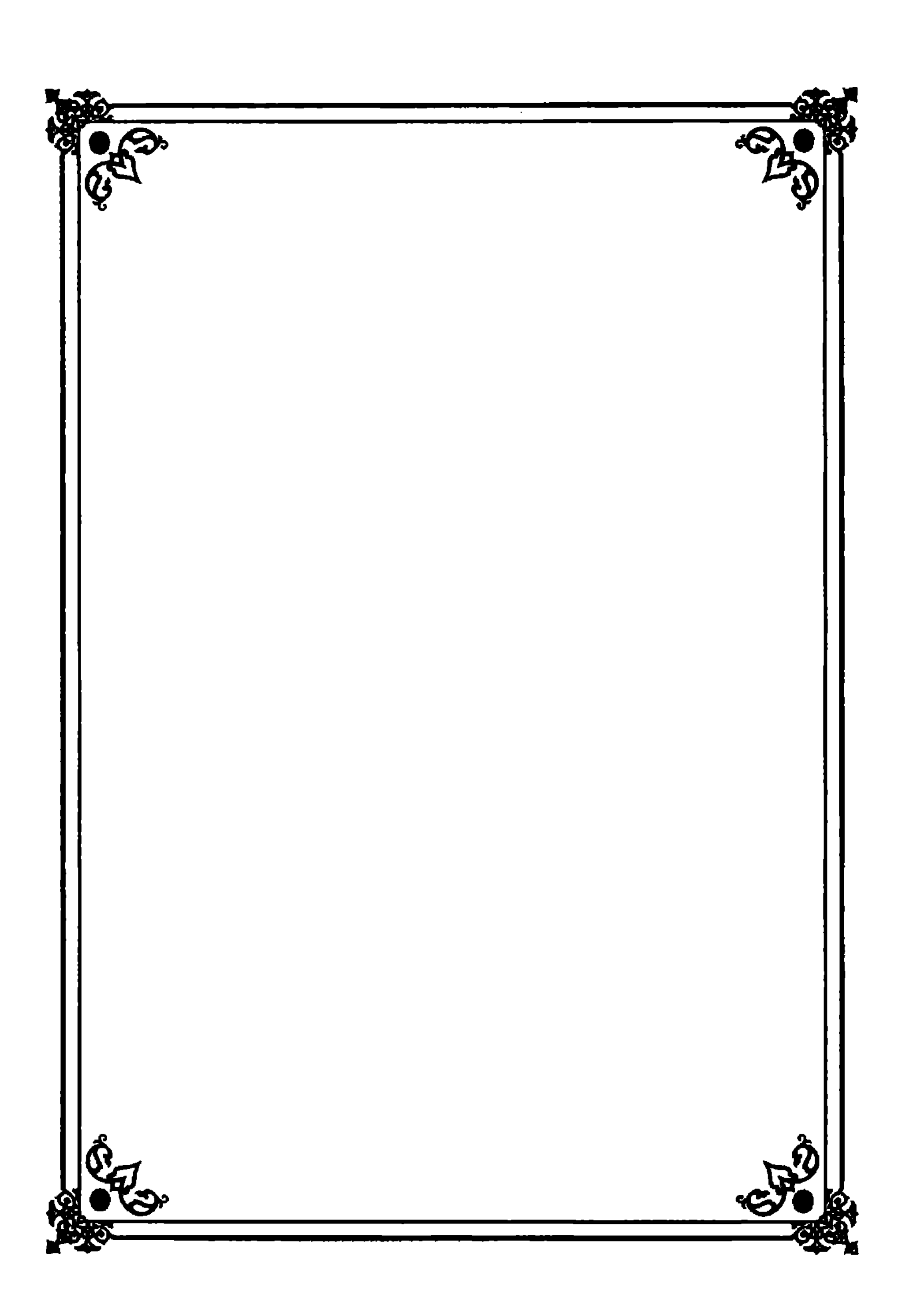
(٤) في (ج): (تثبت) بدل (ثبت).

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩، و«الهداية» ٣/ ١٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٩٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٦) قوله: (والله الموفق والمعين) غير موجود في (ب، ج).



١٦
كتاب الكفالة



كتاب الكفالة[(١)] [ب/ ٢٣٣ب]

تعريف الكفالة، وبيان موجبها

قال: (وتفسر بضم الذمة على الذمة، في المطالبة لا في الدين).

الكفالة في اللغة: الضم ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[(٢)]: ضمها إلىٰ نفسه[(٣)]. وحكمها -عندنا[(٤)]: ضم ذمة الكفيل إلىٰ ذمة الأصيل، في حق المطالبة بالدين، لا في حق أصل الدين[(٥)]. وقيل: موجبها وجوب الدين على الكفيل؛ فيصير الدين الواحد في حكم دينين، أو الذمتان في حكم

---

(١) قال الميداني في «اللباب شرح الكتاب» ٢/ ١٥٢: (وجه المناسبة بينها وبين الوكالة أن كلًا منهما ٱستعانة بالغير).

(٢) آل عمران، آية: ٣٧.

(٣) ٱنظر: «طلبة الطلبة» ص٢٨٤، و«لسان العرب» ٣/ ٢٧٨، ٢٧٩، مادة (كفل) و«الحدود والأحكام الفقهية» ص٦٩، و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٢، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٦٠٧.
والكفالة -ٱصطلاحًا: ضم ذمة إلىٰ ذمة في المطالبة بدين، أو عين، أو نفس. «الهداية» ٣/ ٨٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٦، و«التعريفات» ص٢٣٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٢٨١-٢٨٢، و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٣، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٢.

(٤) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٧، و«الهداية» ٣/ ٨٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦٦، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٠٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٣، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٢.

(٥) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٤، و«بدر المتقىٰ» ٢/ ١٢٤.

ذمة واحدة[١]. ونقل أبو حفص: أن الدين سقط عن الأصيل بالكفالة عند مالك[٢]، وهٰذا الخلاف لم أذكره في المتن؛ فإن مشاهير كتب مذهبه ناطقة بخلافه، ولم أقف موضع نقله، فاعتمدت فيه على المشهور[٣].

وجه القول الثاني لأصحابنا: أن الكفيل يطالب بالدين، والمطالبة فرع[٤] ثبوت أصل الدين؛ لاستحالة مطالبة من ذمته فارغة، فقلنا بثبوت[٥] الدين عليه، وهٰذا؛ لأنه لو وهب له أو ٱشترىٰ[٦] منه[٧] شيئا صح، وتمليك الدين[٨] من غير من عليه الدين لا يجوز.

ووجه القول الأول -وهو الصحيح: أن الدين ثابت في ذمة الأصيل، فلا يتصور ثبوته في ذمة الكفيل إلَّا بالتحويل، وجعل الدين الواحد في حكم دينين أو الذمتين في حكم ذمة واحدة قلب للحقيقة، ولا ضرورة إلى القول به؛ لإمكان جعل الذمة مضمونة إلى الذمة في حق المطالبة، فتتعدد المطالبة

---

(١) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٧، و«الهداية» ٣/ ٨٧، «(تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٣.

(٢) «منظومة النسفي» لوحة ١٣٩/ ب، حيث قال:

ويبرأ الأصيل بالكفالة وحكمها كالحكم في الحوالة

(٣) مذهب مالك ﷺ: أن الدين لا يسقط عن الأصيل بالكفالة، فإذا أدى الكفيل عنه الدين كان له أن يرجع به عليه.

ينظر: «المدونة» ٤/ ١٢٩-١٣١، و«التفريع» ٢/ ٢٨٦، و«الإشراف علىٰ مسائل الخلاف» ٢/ ٢١، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٣٩٩، و«المنتقىٰ» ٦/ ٨٢، و«المقدمات الممهدات» ٢/ ٣٧٨، و«قوانين الأحكام الشرعية» ٢/ ٢٥٣-٢٥٤.

(٤) لفظ: (فرع) غير موجود في (ج).

(٥) في (ج): (ثبوت) بدل (بثبوت).

(٦) عبارة: (أو ٱشترىٰ) غير موجودة في (ج).

(٧) في (أ، ج) زيادة: (به) بعد قوله: (منه).

(٨) لفظ: (الدين) غير موجود في (ج).

مع ٱتحاد الدين [جـ/٣٠٢أ] وهٰذا؛ لأن الثابت بعقد الكفالة معنى التوثق، فجعلنا المطالبة التي هي فرع في حق الأصيل أصلًا في حق الكفيل؛ ليكون ذلك موصولًا إلى الحقيقة، وأما أن[1] المطالبة فرع ثبوت الدين فيه، نقول: لأن المطالبة في نفسها لا تتصور إلَّا بعد وجود أصل الدين ٱستحقاقًا، ويكفي الٱستحقاق في تصور المطالبة دون الوجود علىٰ مثال البناء والعرصة، فإن البناء لا يتصور ٱنفصاله عن العرصة وجودًا، أو يتصور ٱستحقاقًا، وأما إذا وهب الكفيل أو ٱشترىٰ منه بالدين شيئًا، جعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح التصرف، وأما قبله فلا ضرورة[2]. وهذان القولان من الزوائد.

ممن تصح الكفالة

قال: (ولا تصح إلَّا ممن يملك التبرع).

لأن الكفالة عقد تبرع ٱبتداءًا، فلا تصح ممن لا يصح التبرع منه[3]، كما [أ/١٩٨ب] لا يلزم حكم الكفالة للصبي والعبد؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع، أما العبد؛ فلحق المولىٰ، فلا يطالب في الحال، ولٰكن يطالب بعد العتق؛ لامتناع النفاذ في حق المولىٰ ما دام ملكه قائمًا فيه[4]،

---

(١) في (ب): زيادة (قوله) بدل لفظ: (أن).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/أ، و(مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٤، و«بدر المتقىٰ» ٢/ ١٢٤.

(٣) في (ب، ج): (منه التبرع) بتقديم وتأخير.

(٤) لفظ: (فيه) غير موجود في (ج).

وأما الصبي؛ فلقصور أهليته[١]. والمسألة من الزوائد.

أنواع الكفالة،

وبيان مشروعية الكفالة بالنفس، وموجبها

قال: (ونجيزها بالنفس، فيضمن إحضار المكفول به).

الكفالة نوعان:

كفالة بالنفس، وكفالة بالمال.

والكفالة[٢] بالنفس جائزة عندنا[٣]، خلافًا للشافعي في قول[٤]، ومشهور مذهبه صحة الكفالة بالنفس[٥]. وقيل: تصح قطعًا، والمضمون بها هو إحضار المكفول به.

---

(١) «المبسوط» ١٩/ ١٦١، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥-٦، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٤.

(٢) في (ب): (فالكفالة) بدل (والكفالة).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٢، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٣، و«رؤوس المسائل» ص٣٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٧-٨، و«الهداية» ٣/ ٨٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٢٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٤.

(٤) «الأم» ٦/ ٢٢٩، ٣/ ٣٣١، و«مختصر المزني» ص١٠٩، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ١٢٥، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٥٥٩، و«التنبيه» ص١٠٦، و«المهذب» ١/ ٣٤٩، و«فتح العزيز» ١٠/ ٣٧٢، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢٠٣.

(٥) «الأم» ٣/ ٢٣٠، و«مختصر المزني» ص١٠٩، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ١٢٥، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٥٥٩، و«التنبيه» ص١٠٦، و«المهذب» ١/ ٣٤٩، و«فتح العزيز» ١٠/ ٣٧٢، و«المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ٢/ ٢٠٣.

وجه عدم الجواز -وهو القول الأضعف: أن شرط صحة الضمان القدرة على المضمون، وقد فات؛ لعدم قدرة الكفيل علىٰ نفس المكفول به، فلا يتصور تسليمه، بخلاف المال؛ لثبوت ولايته علىٰ مال نفسه، فيؤديه قضاءً عما التزم أداءه[1] بالكفالة.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم[2] غارم[3]»[4]، بإطلاقه شامل لنوعي الكفالة، والقدرة علىٰ تسليم المكفول به ثابتة[5] بأن يعلم الطالب مكانه، ثم يخلي بينه، وبينه، أو يستعين علىٰ إحضاره بأعوان

---

(١) في (ج): (أداء) بدل (أداه).

(٢) الزعيم: الكفيل. «طلبة الطلبة» ص٢٨٤، و«تقويم النظر» ٢/ ٦٩٦، و«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ٤٣٦، و«النهاية» ٢/ ٣٠٣، و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٤، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٣٨٦.

(٣) غارم: ضامن. «طلبة الطلبة» ص٢٨٤، و«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ٤٣٦، و«النهاية» ٢/ ٣٠٣.

(٤) «سنن أبي داود» ٣/ ٢٩٦-٢٩٧، رقم ٣٥٦٥، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، و«سنن الترمذي» ٣/ ٥٦٥، رقم ١٢٦٥، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وقال: حسن غريب، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٨٠٤، رقم ٢٤٠٥، كتاب الصدقات، باب الكفالة ، و«مسند أحمد» ٥/ ٢٦٧.

قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ٣/ ٤٧، رقم ١٢٥١: (فيه إسماعيل بن عياش، رواه عن شامي، وهو: شرحبيل بن مسلم، سمع أبا أمامة، ضعفه ابن حزم بإسماعيل، ولم يصب). ا.هـ.

وقال ابن الملقن في «تحفة المحتاج» ٢/ ٢٦٨: (صححه ابن حبان) ا.هـ.

واحتج به ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/ ٢٠٥.

وقال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٥٨: (هٰذا من أصح أحاديث إسماعيل بن عياش؛ لأن شيخه في هٰذا شامي، وهو حجة إذا روىٰ عن الشاميين عند الجمهور) ا.هـ.

(٥) في (ج): (ثابت) بدل (ثابتة).

القاضي؛ والحاجة ماسة إلىٰ شرعيته، أو الإمكان ثابت بتحقيق معنى الكفالة فيه[(١)]، وهو ضم إحدى الذمتين[(٢)] إلىٰ أخرىٰ في المطالبة بنفسه؛ فصح؛ دفعًا للحاجة[(٣)].

الصيغ التي تنعقد بها الكفالة

قال: (وتنعقد إذا قال: تكفلت بنفسه، أو بما يُعبَّر به عنها، كالروح، والوجه، أو بجزء شائع، وبقوله: ضمنته، أو: هو عليَّ، أو: إليَّ، و:أنا زعيم به، أو: قبيل)[(٤)].

أما: تكفلت بنفسه، فحقيقة في المعنىٰ. وأما ما يعبر به عنها: فكالرقبة، والروح، والجسد، والرأس، والوجه، والبدن؛ فإنها ألفاظ يعبر بها عن مجموع الإنسان -عرفًا؛ ولهٰذا صحت [ب/١٣٤أ] إضافة الطلاق إليها، بخلاف اليد، والرجل؛ حيث هما علمان [جـ/٣٠٢ب] علىٰ عضوين، لا يطلقان على النفس، لا حقيقة، ولا عرفًا؛ حتىٰ لا يصح إضافة الطلاق إليهما[(٥)]؛ فلا ينعقد بهما[(٦)]. وأما الجزء الشائع،

---

(١) لفظ: (فيه) غير موجود في (أ).

(٢) في (ج): (الذميين) بدل (الذمتين).

(٣) «الهداية» ٣/ ٨٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٢٥، و (مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٤-١٢٥.

(٤) القَبِيلُ: الكفيل. «الصحاح» ٥/ ١٧٩٧، مادة (قبل) و«تقويم النظر» ٢/ ٦٩٦، و«المصباح المنير» ٢/ ٤٨٩، مادة (قبل) و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٤، و«المعجم الوسيط» ٣/ ١٧١٣، مادة (قبل).

(٥) في (ج): (إليها) بدل (إليهما).

(٦) في (ج): (بها) بدل (بهما).

كالثلث، والخمس، والربع؛ فلأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ؛ فكان ذكر بعضها شائعًا، كذكر كلها. وأما: ضمنته، فتصريح بموجب الكفالة، وهو الضمان، وعلىٰ صفة الألتزام[1]. وإِليَّ: في معنىٰ: عليَّ -في هٰذا الموضع[2]، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «**ومن ترك كَلًّا[3] أوْ ضَيَاعا[4] فإليَّ**»[5].

والزعيم هو: الكفيل[6]؛ ومنه الحديث: «**الزعيم غارم**»[7].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٢-١٥٣، و«المبسوط» ١٩/ ١٧١-١٧٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٧-٨، و«الهداية» ٣/ ٨٧، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٧-١٤٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٥.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) كَلًّ: الكل: العيال، والدين، واليتيم، والثقيل لا خير فيه.
«غريب الحديث» لابن الجوزي ٢/ ٢٩٨، و«النهاية» ٤/ ١٩٨، و«القاموس المحيط» ص٩٤٩، مادة (كلل) و«أنيس الفقهاء» ص٣٠٣، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٩٦، مادة (كل).

(٤) ضَيَاعًا: مصدر ضاع، والمراد: الإشارة إلى العيال، والأطفال، والفقراء.
«غريب الحديث» لابن الجوزي ٢/ ٢٢، و«النهاية» ٣/ ١٠٧، و«لسان العرب» ٢/ ٥٦٠، مادة (ضيع).

(٥) «صحيح البخاري» ٣/ ٨٥، كتاب الأستقراض، باب الصلاة علىٰ من ترك دينًا، و«صحيح مسلم» ٣/ ١٢٣٨رقم (١٦١٩) كتاب الفرائض، باب من ترك مالًا فلورثته، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٨٠٧، رقم (٢٤١٥، ٢٤١٦) كتاب الصدقات، باب من ترك دينًا أو ضياعًا، فعلىٰ الله وعلىٰ رسوله.

(٦) «طلبة الطلبة» ص٢٨٤، و«تقويم النظر» ٢/ ٦٩٢، و«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ٤٣٦، و«النهاية» ٢/ ٣٠٣، و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٤، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٣٨٦.

(٧) سبق تخريجه ص١٧٩٢.

وكذلك القبيل[١]، ومنه سمي الصك قبالة، بخلاف قوله: أنا ضامن؛ لمعرفته؛ لأنه التزام بالمعرفة دون المطالبة[٢].

إذا شرط

في الكفالة بالنفس تسليم المكفول في وقت معين

قال: (ولو علق تسليمه بوقت معين، أحضره فيه إذا طالبه، وإلا حبس).

إذا شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به، في وقت معين[٣]، لزمه إحضاره، إذا طالبه به في ذلك الوقت؛ لأنه التزمه كذلك، فإن أحضره[٤]، وإلا حبسه الحاكم؛ لأنه آمتنع عن إيفاء الحق المستحق عليه، وهو إحضاره في ذلك الوقت المعين، وإنما يحبسه[٥] فيه إذا علم الكفيل لماذا طُلِبَ[٦][٧].

---

(١) «الصحاح» ٥/١٧٩٧، مادة (قبل) و«تقويم النظر» ٢/٦٩٦، و«المصباح المنير» ٢/٤٨٩، مادة (قبل) و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٤، و«المعجم الوسيط» ٢/٧١٣، مادة (قبل).

(٢) «المبسوط» ١٩/١٧٢، و«بدائع الصنائع» ٦/٨، و«الهداية» ٣/٨٧، و«تبيين الحقائق» ٤/١٤٨، و«مجمع الأنهر» ٢/١٢٥.

(٣) في (أ، ب): (بعينه) بدل (معين).

(٤) في (ج): (أحضر) بدل (أحضره).

(٥) لفظ: (يحبسه) غير موجود في (ج).

(٦) في (ب): (بماذا طالب) بدل (لماذا طلب).

(٧) «الكتاب» ٢/١٥٣، و«الهداية» ٣/٨٧، و«الاختيار» ٢/١٦٧-١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/١٤٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/١٢٦.

قال صاحب «الهداية»: ولا يحبسه أول وهلة[(١)]؛ لعله ما درىٰ لماذا[(٢)] يدعي[(٣)].

ثم إذا ثبت عجزه عن إحضاره، بعد حبسه، خلَّي سبيله، وسلمه إلىٰ من حبسه، وإن شاء لازمه، إلَّا أن يفوت عليه بملازمته[(٤)] قوته، وقوت عياله، فيأخذ منه كفيلًا بنفسه، ويخليه[(٥)]. ولو لم يعلم بمكانه[(٦)] لا يطالب به؛ لعجزه عن إحضاره، فأشبه موته، إلَّا أن في الموت تبطل الكفالة؛ للتيقن بالعجز، وهاهنا لا تبطل؛ لقيام الاَحتمال بالعلم[(٧)].

---

(١) الوهلة: أول الشيء وابتداؤه، يقال: لقيته أول وهلة، ولأول وهلة- أي: أول شيء، أو أول ما تراه.
«الصحاح» ٥/ ١٨٤٥، مادة (وهل) و«لسان العرب» ٣/ ٩٩٤، مادة (وهل) و«المصباح المنير» ٢/ ٦٧٤، مادة (وهل) و«المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٦٠، مادة (وهل).

(٢) في (ب): (بماذا) بدل (لماذا).

(٣) «الهداية» ٣/ ٨٧. ونص العبارة في «الهداية»: (ولكن لا يحبسه أول مرة؛ لعله ما درىٰ لماذا يدعي).

(٤) في (ج): زيادة (معه) قبل قوله: (قوته).

(٥) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٦.

(٦) في (ب): (مكانه) بدل (بمكانه).

(٧) «الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٦.

براءة الكفيل؛ بتسليم المكفول بنفسه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته

قال: (وإذا سلمه في مكان يقدر علىٰ محاكمته برئ).

الكفيل إذا سلم المكفول بنفسه في مكان يقدر المكفول له علىٰ محاكمته، كما إذا سلمه في المصر، برئ الكفيل بالنفس من الكفالة؛ لأن المقصود من الكفالة بالنفس تسليمه إلى الغريم بحيث يتمكن من مخاصمته، وقد حصل ذلك، والكفيل لم يلتزم بتسليمه إلَّا مرة واحدة، فبرئ بالتسليم[1].

عين تسليم المكفول في مجلس الحكم، فسلمه الكفيل في السوق

قال: (وإن عين مجلس الحكم، فسلمه في السوق، برئ).

لحصول المقصود بالتسليم فيه؛ فلم يكن تقييده بمجلس الحكم مفيدًا[2]، وقيل: لا يبرأ في زماننا؛ لأن الظاهر المعاونة على الأمتناع، لا على الإحضار؛ فكان التقييد مفيدًا[3].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٣، و«الهداية» ٣/ ٨٨٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٧.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٥٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٧.

(٣) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«الجوهرة

تسليم المكفول في مصر غير المسمى

قال: (وكذا في مصر غير المسمىٰ).

إذا سمىٰ لتسليمه مصرًا، فسلمه في مصر آخر، برئ عند أبي حنيفة[(١)] ﷺ، وقالا: لا يبرأ[(٢)]؛ لعدم حصول المقصود، فلعل الشهود في المصر المسمىٰ.

وله: أن المقصود حاصل؛ للقدرة على المخاصمة في ذلك المصر الآخر، ولعل شهوده فيه، فتعارض الموهومان[(٣)].

تسليم المكفول في البَرِّيَّة

قال: (لا في برية).

لعدم القدرة[(٤)] [جـ/٣٠٣أ] على الخصومة في البرية؛ فلم يحصل المقصود[(٥)].

النيرة» ١/ ٤٠١، و«بدر المتقىٰ» ٢/ ١٢٧. ونسب الزيلعي هٰذا القول لزفر. «تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩.

(١) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٧.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩.

(٤) في (جـ): (الفائدة) بدل (القدرة).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٥٣، و«الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٨.

و[1] في معناها[2]: إذا سلمه في السواد[3]؛ لعدم قاضٍ يفصل الحكومة[4]، وكذلك إذا سلَّمه في السجن -أي-: الحبس[5]، وقد حبسه غير الطالب؛ لعدم القدرة على المحاكمة[6].

أثر الموت على الكفالة، وبراءة كفيل النفس؛ بدفعه المكفول، وإن لم ينص على لفظ البراءة، وعدم اشتراط قبول الطالب للتسليم، وبراءة الكفيل؛ بتسليم المكفول نفسه

قال: (ويبرأ الكفيل؛ بموته، وموت المكفول به، لا المكفول له).

---

(١) في (أ): (وما) بدل (و).

(٢) في (أ، ب): زيادة: (ما) بعد لفظ: (معناها).

(٣) السَّوادُ: القرىٰ، ومنه سواد الكوفة والبصرة- أي: قراها.
«الصحاح» ٢/ ٤٩٢، مادة (سود) و«لسان العرب» ١/ ٢٣٤، مادة (سود) و«المصباح المنير» ١/ ٢٩٤، مادة (سود) و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٦١، مادة (ساد).
والمراد به، هنا: القرية التي لا حكم فيها.
«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٨، و«بدر المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ١٢٨، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٤.

(٤) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٨، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٣-١٥٤.

(٥) عبارة: (أي: الحبس) غير موجودة في (أ، ب).

(٦) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٨، و«بدر المتقىٰ» ٢/ ١٢٨، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٥٤.

أما الكفيل: فإنه إذا مات عجز عن إحضار المكفول بنفسه وماله[(١)]، لا يقوم مقام المكفول بنفسه؛ لأن المال غير النفس، والواجب بهٰذِه الكفالة إحضار النفس، علىٰ أن الورثة إنما يخلفونه فيما له، لا فيما عليه[(٢)]. وأما إذا مات المكفول بنفسه؛ فلأن الكفيل يعجز عن إحضاره بالضرورة؛ ولأن الحضور ساقط عن الأصيل بموته، فيسقط عن الكفيل[(٣)]. وأما المكفول له -وهو من الزوائد: فلعدم عجز الكفيل؛ ولقيام الوصي أو الورثة مقام المكفول له في المطالبة[(٤)].

قال عليه الصلاة والسلام: «**من ترك مالًا** [أ/١٩٩] **أو حقًا، فلورثته**»[(٥)].

ولو كُفِّلَ بنفسِ آخَرَ، ولم يقل: إذا دفعته إليك فأنا بريء، فدفعه إليه، كان بريئًا؛ لأن[(٦)] البراءة موجب التصرف، فيثبت بدون التنصيص عليه[(٧)]. ولا يشترط قبول الطالب التسليم، كما في [ب/٢٢٤ب] قضاء الدين[(٨)]،

---

(١) في (ج): (وبماله) بدل (وماله).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٥٤، و«المبسوط» ١٩/ ١٦٣، و«الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٦-١٢٧.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٤٩-١٥٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٧.

(٥) «صحيح البخاري» ٣/ ٨٥، كتاب الاستقراض، باب الصلاة علىٰ من ترك دينًا، و«صحيح مسلم» ٣/ ١٢٣٧، رقم (١٦١٩) كتاب الفرائض، باب من ترك مالًا فلورثته.

(٦) في (ج): (إلا أن) بدل (لأن).

(٧) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار) ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٧.

(٨) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٠، و«بدر المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ١٢٧.

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته، صح[١]؛ لأنه مطالب بالحضور، وكان له ولايةُ دفعِ نفسِه إليه -أعني: المكفول له؛ ليبرأ الكفيل بالنفس، وهٰذا؛ لأن للكفيل أن يطالبه بالحضور، وهو إنما يَبْرَأُ نفسه بهٰذا التسليم، فلا يكون متبرعًا فيه، كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه، فإن مقصوده من ذلك براءة ذمة نفسه من الدين؛ إذ للمحتال عليه أن يرجع عليه إذا أدىٰ دينه، فعسىٰ يعجز في ذلك الحال، فلم يكن متبرعًا، وكذلك المكفول[٢]؛ لجواز أن يطالبه[٣] الكفيل بالحضور فلا يجد فرصة في الحضور[٤].

تكفل بنفس، على أنه إن لم يواف به في وقت كذا، فعليه ما عليه من المال

قال: (ولو قال: إن لم أواف[٥] به غدًا، فأنا ضامن للألف التي عليه، فلم يواف به، نُضمنه، ولم يبرأ من الأولىٰ).

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (ج): زيادة (به) بعد قوله: (المكفول).

(٣) في (ب، ج): (يطالب) بدل (يطالبه).

(٤) «الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٧.

(٥) أواف: يقال: وافيته موافاة، إذا أتيته، والمراد هنا: إذا لم يأت الكفيل بالمكفول عنه.
«الصحاح» ٦/ ٢٥٢٦، مادة (وفىٰ) و«المصباح المنير» ٢/ ٦٦٧، مادة (وفىٰ) و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٨، و (المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٤٧، مادة (وفىٰ).

إذا تكفل بنفسه، علىٰ أنه إن لم يواف به[١] في وقت كذا، فعليه ما عليه من المال، وهو ألف، فلم يحضره في ذلك الوقت، لزمه ضمان المال عندنا[٢]. وقال الشافعي ﷺ: لا تصح هٰذِه الكفالة[٣]؛ لأنه تعليق بسبب وجوب المال بالحظر، فلا يصح، كالبيع[٤].

ولنا: أن هٰذِه الكفالة بالمال معلقة؛ بشرط عدم الموافاة، فإذا وجد الشرط لزم المال، وهٰذا التعليق صحيح؛ فإن الكفالة تشبه النذر من حيث إنها التزام، وتشبه البيع، فمنعنا التعليق بمطلق الشرط، كهبوب الريح ونحوه، وأجزناه بأمر متعارف؛ إعمالًا للشَبَهين، والتعليق؛ لعدم الموافاة متعارف؛ فصح، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس؛ لعدم المنافاة بين وجوب المال عليه؛ لتحقق الشرط، وبين الكفالة بالنفس، وكل منهما للتوثق[٥].

---

(١) لفظ: (به) غير موجود في (أ).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٥٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤-٥، و«الهداية» ٣/ ٨٨، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣١.

(٣) «التنبيه» ص١٠٦، و (المهذب» ١/ ٣٤٨، و«الوجيز» ١/ ١٨٥، و«حلية العلماء» ٥/ ٧٧، و«فتح العزيز» ١٠/ ٣٨٠، و«روضة الطالبين» ٥/ ٢٦٠، و«المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ٢/ ٢٠٧، و«غاية البيان» ص٢٠٦.

(٤) «المهذب» ١/ ٣٤٨، و«فتح العزيز» ١٠/ ٣٨٠، و«مغني المحتاج» ٢/ ٢٠٧.

(٥) «الهداية» ٣/ ٨٨-٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣١.

كفل بنفس زيد، على إن لم يواف به غدًا، فهو كفيل بنفس غريم آخر للطالب، أو فعليه ما للطالب على الآخر، أو فعليه ألف درهم

قال: (ولو قال: كفلت بنفس زيد، فإن لم أواف به غدًا، فأنا كفيل بنفس عمرو، أو بمالك على عمرو[١]، أو فعلي ألف مطلقًا، أبطل الثانية).

هٰذِه ثلاث مسائل. [جـ/٣٠٣ب]

الأولىٰ: رجل كفل بنفس زيد، ثم قال: إن لم أواف بزيد غدًا، فأنا كفيل بنفس عمرو، وعمروٌ غريم آخر للطالب، عليه دين، فهٰذِه الكفالة صحيحة عند أبي حنيفة[٢]، وأبي يوسف[٢].

وقال محمد: الكفالة الأولىٰ صحيحة -أعني: الكفالة بنفس زيد- والكفالة الثانية باطلة[٢]، وهي تعليقها بعدم الوفاء بنفس زيد.

والثانية إذا قال: تكفلت لك بنفس زيد، فإن لم[٣] أوافك به غدًا، فعلي مالك على عمرو، فالكفالة الثانية باطلة عند محمد[٤]، خلافًا لهما[٤].

---

(١) عبارة: (أو بمالك علىٰ عمرو) غير موجودة في (جـ).

(٢) «منظومة النسفي» لوحة ٥٨/أ، و«المبسوط» ١٩/ ١٧٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٥.

(٣) في (جـ): (قال) بدل (فإن لم).

(٤) «المبسوط» ١٩/ ١٨٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٥، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٣.

والثالثة: إذا قال: تكفلت لك بنفس زيد، فإن لم أواف به غدًا فعليَّ ألف درهم، ولم يقل: التي لك علىٰ زيد، ولا بها متىٰ[١] التزمها[٢] لك، وهٰذا معنىٰ قوله: (مطلقًا) ومضى الغد، ولم يواف بزيد، وزيدٌ ينكر وجوب الألف عليه.

قال محمد: الكفالة بالمال باطلة[٣]، وقالا: لازمة[٤]. وهاتان المسألتان من زوائد «المنظومة»[٥].

لمحمد رحمه الله[٦] -في الأولىٰ: أن الكفالة الثانية متعلقة بشرط مجهول الوجود؛ فلا يصح، كما لو[٧] قال: إن دخلت الدار، فأنا كفيل بنفس فلان، بخلاف ما لو كفل بنفس فلان علىٰ أنه إن لم يواف به، فعليه المال الذي عليه، فإن مقتضى القياس أن لا تصح الكفالة الثانية؛ لما قلنا، إلَّا أنا جوزناها؛ ٱستحسانًا للتعامل والتعارف، ولأن المال فيها سبب الكفالة بالنفس؛ فكانت مقررة[٨] لها، وأما في المسألتين، فليست كفالة زيد سببا لكفالة نفس عمرو؛ فلا ٱتصال بين الكفالتين، فوجب ٱعتبار كل منهما علىٰ حدته، والثانية متعلقة بالخطر؛ فبطلت.

---

(١) عبارة: (ولا بها متىٰ) غير موجودة في (ج).

(٢) في (أ، ج): (التزمتها) بدل (التزمها).

(٣) «المبسوط» ١٩/ ١٧٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤، و«الهداية» ٣/ ٨٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٥، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٣.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «منظومة النسفي» لوحة ٥٨/أ.

(٦) في (ج): زيادة: (أن) بعد قوله: (لمحمد).

(٧) لفظ: (لو) غير موجود في (ج).

(٨) في (ج): (مقرة) بدل (مقررة).

ولهما: أن بين الكفالتين اتصالًا؛ لأن التعليق بعدم الموافاة صحيح، كما في المقيس عليه؛ إذ في تصحيح الثانية تأكيدُ موجبِ الأولىٰ، فكذا هاهنا؛ لأن الكفالتين لشخص واحد، ففي تصحيح الثانية تأكيدٌ موجبٌ للأولىٰ؛ لأن موجبها الموافاة، فمتىٰ علم أنه إن[١] لم يواف به، لزمته الكفالة الثانية، جدَّ في طلبه؛ ليوافي به؛ دفعًا لضرر التزام[٢] الثانية.

وله -في المسألة الثانية[٣]: أنه لا يمكن تصحيح الكفالة الثانية تبعًا للأولىٰ، وهي معلقة؛ بالخطر؛ فبطلت، وهٰذا؛ لأن الثانية فيما[٤] إذا قال: إن لم أوافك[٥] بنفس زيد، فعليَّ ما عليه، يتقدمه في المعنىٰ، كأنه كفل بالمال[٦] في [ب/٢٣٥أ] الحال، وعلق البراءة بإحضار زيد، وإحضار زيد يصلح سببا للبراءة عما التزمه بالكفالة بالمال؛ ليتمكن الطالب من الاستيفاء منه بنفسه، فيبرأ الكفيل، وهاهنا[٧] لا يصح أن يجعل الثانية متقدمة، كأنه كفل بما علىٰ عمرو في الحال، وعلق البراءة عن تلك الكفالة بإحضار زيد؛ لأن هٰذِه الموافاة لا تصلح سببًا للبراءة عنها، وإذا لم يمكن[٨] تصحيحها وهي معلقة بالخطر، بطلت.

---

(١) لفظ: (إن) غير موجود في (أ).
(٢) في (ب): (الالتزام) بدل (التزام).
(٣) لفظ: (الثانية) غير موجود في (ب).
(٤) لفظ: (فيما) غير موجود في (ج).
(٥) في (ج): (أواف) بدل (أوافك).
(٦) في (أ): (المال) بدل (بالمال).
(٧) في (ج): (فهاهنا) بدل (وهاهنا).
(٨) في (ج): (يكن) بدل (يمكن).

ولهما: أن الكفالة الثانية واقعة؛ للتوثيق في حق من وقعت له الكفالة الأولىٰ، فصحت كما لو ٱتحد المطلوب، وهٰذا؛ لأن صحة الكفالة إنما تثبت حقًا للطالب؛ لانتفاعه بها [جـ/٣٠٤أ] ألا ترىٰ أن قبوله له شرط، فإذا ٱتحد الطالب كانت الكفالتان متحدتين في المعنىٰ، وجعلت الثانية تبعًا للأولىٰ، من حيث ٱنبعاثه علىٰ تحصيل نفس زيد، إذا علم لزوم[1] الكفالة الثانية بالمال [أ/١٩٩ب] عليه إذا لم يواف به؛ دفعًا لضرر التزام الكفالة الثانية عليه، بخلاف ما لو تعدد الطالب؛ لاستحالة جعلهما كفالة واحدة معنىٰ، فلا[2] تكون الثانية تبعًا، وإذا صارت أصلًا بنفسها لم تصح؛ لأن تعليق التزام المال بالشرط ٱبتداءًا لا يصح.

وله -في الثالثة: أن المال لا يثبت علىٰ واحد منهما بمجرد دعوى الطالب، وكان هٰذا الٱلتزام من الكفيل رشوة للطالب، عند عدم الموافاة بالمكفول بنفسه، وأنها حرام؛ ولأنه لو عين الألف من جهته لم يجب ٱتفاقًا، فكذا إذا أطلق لعلمنا ببراءة ذمته من قبل، فلا يجب بالشك.

ولهما: أن كلام المكلف يصان عن اللغو ما أمكن، فإذا حمل على الٱلتزام ٱبتداء[3] لا يصح، وإذا حمل على الكفالة بالمال عن زيد صحت، فيحمل عليه؛ تصحيحا لكلامه، كما لو قال- ٱبتداءًا: لك عليَّ ألف درهم[4]، فإنه لا يصح إن حمل على الٱلتزام، ويصح إن حمل على الإقرار، فحملنا على الإقرار؛ تصحيحًا له؛ ولأن الكفالة الثانية، مبنية على الأولىٰ، والأولىٰ صحيحة، فكذلك ما بني عليها؛ ألا ترىٰ

---

(١) في (ب): (نفس) بدل (لزوم).

(٢) في (ب): (ولا) بدل (فلا).

(٣) لفظ: (ابتداءًا) غير موجود في (جـ).

(٤) لفظ: (درهم) غير موجود في (ب).

أنه لو قال: إن لم أواف[1] بنفس فلان، فعليَّ ما عليه، صح، ولو قال: إن لم أواف بيده أو رجله، فعليَّ ما عليه، بطل؛ لصحة ما بني عليه في الأولىٰ، وفساد في[2] الثانية[3].

الكفالة بنفس من عليه حد أو قصاص

قال: (والكفالة بالنفس؛ جبرًا في القصاص، وحد القذف[4]، باطلة، كسائر الحدود).

إنما عين حد القذف؛ لأن الخلاف فيه. وإنما قال: جبرًا؛ لأن الكلام فيه أيضًا. فعند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يجبر علىٰ أخذ الكفيل في الحدود[5][6]. وعندهما: يجبر عليه في حدّ القذف؛ لاشتماله علىٰ حق العبد، وفي القصاص؛ لأنه خالص حق العبد، فحسن ذلك؛ لحاجة العبد، بخلاف

---

(١) في (ج): (يواف) بدل (أواف).

(٢) لفظ: (في) غير موجود في (ج).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٢/ ب، ١٦٣/ أ.

(٤) القَذْفُ -لغة: الرمي. «الصحاح» ٤/ ١٤١٤، مادة (قذف) و«تحرير ألفاظ التنبيه» ص ٣٢٥، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص ٣٧١، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص ٥٧٧.
واصطلاحًا: الرمي بالزنىٰ. «الاختيار» ٤/ ٩٣، و«تحرير ألفاظ التنبيه» ص ٣٢٥، و«الإقناع» للشربيني ٢/ ٢٢٦، و«الروض المربع» ص ٥٠٨، و«المذكرات الجلية في التعريفات اللغوية والاصطلاحية» ص٣٢.

(٥) في (ب): (الحد) بدل (الحدود).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٥٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٨، و«الهداية» ٣/ ٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٩.

سائر الحدود، التي هي خالص حق الله؛ لاستغنائه تعالىٰ عن التوثق[١].
وله: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا كفالة في حد**»[٢]. والحجة في الإطلاق؛ ولأن مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة؛ فلا يجب فيها الآستيثاق بخلاف سائر الحقوق؛ لأنها لا تندرئ بالشبهة، فيليق بها التوثق، كما في التعزير[٣].

وفائدة هٰذِه الزيادة- وهو[٤] قوله: جبرًا: أنه لو سمحت نفسه بإعطاء الكفيل، صحت الكفالة بالإجماع[٥]؛ لإمكان ترتيب موجبها عليها؛ لأن

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ٧٧، كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حقه، وقال: (تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخِ بقيةَ المجهولين، ورواياته منكرة) ا.هـ
قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٦٠: (رواه ابن عدي والبيهقي، في حديثٍ، عن عمر بن أبي عمر الدمشقي، وهو من المجاهيل الذين لا يحتج بهم) ا.هـ
وقال ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/ ٢٠٦: (هٰذا الحديث تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي الدمشقي، وهو من مشايخِ بقيةَ المجهولين، ورواياته منكرة).
وقال ابن حجر في «بلوغ المرام» ص١٨٠: (رواه البيهقي بإسناد ضعيف).

(٣) «بدائع الصنائع) ٦/ ٨-٩، و«الهداية» ٣/ ٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٩.

(٤) في (أ): (وهي) بدل (وهو).

(٥) «الهداية» ٣/ ٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٩.
ملحوظة: لعل مراد المؤلف بالإجماع، إجماع الحنفية؛ يدل علىٰ ذلك اقتصاره في بداية المسألة على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.
قال ابن قدامة في (المغني) ٤/ ٦١٦: (ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد، سواء

تسليم النفس في الحدود[١] والقصاص واجبٌ، فيطالب به الكفيل؛ فيتحقق[٢] معنى الضم في المطالبة، التي هي موجب الكفالة[٣].

حبس المتهم بالقذف إذا عدم الكفيل

قال: (ويحبس؛ للتهمة، بشهادة مستورين أو عدل).

إذا لم يوجد الكفيل عند أبي حنيفة ﷺ، يحبس في حد القذف، لكن بشهادة عدل، أو بشهادة رجلين مستوري الحال، فإذا تمت [ج/٣٠٤ب] البينة أو زكي الشاهدان، أقيم الحد؛ لأن هٰذا الحبس؛ للتهمة، وإنما يثبت بأحد شطري الشهادة: إما العدالة، وإما العدد[٤]، بخلاف الحبس في باب الأموال؛ لأنها نهاية العقوبة فيه؛ فيتوقف علىٰ كمال الحجة[٥].

كان حقًا لله تعالىٰ، كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي، كحد القذف والقصاص، وهٰذا قول أكثر أهل العلم، منهم: شريح والحسن، وبه قال إسحاق، وأبو عبيدة، وأبو ثور).

وينظر: «المدونة» ٤/ ١٤١، و«المنتقىٰ» ٦/ ٨٤، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ١٢٥، و«شرح الزركشي علىٰ مختصر الخرقي» ٤/ ١٢٢، و«شرح منتهى الإرادات» ٢/ ٢٥٣.

(١) في (أ): (الحد) بدل (الحدود).

(٢) لفظ: (فيتحقق) غير موجود في (ج).

(٣) «الهداية» ٣/ ٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥١-١٥٢، و«شرح مجمع البحرين) لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٢٩.

(٤) في (ب، ج): (أما العدد، وإما العدالة) بتقديم وتأخير.

(٥) «المبسوط» ١٩/ ١٦٧، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٣، و«الهداية» ٣/ ٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥١.

وعندهما: لا يحبس في حدّ القذف بشهادة الواحد؛ لحصول الاستيثاق بالكفالة[١]. والمسألة من الزوائد.

الكفالة بنفس الحد، والقصاص

قال: (ولا تصح بنفس الحد والقصاص).

لأن النيابة لا تجري في العقوبات، وكل[٢] [ب/٢٣٥ب] حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به[٣].

ادعى على عبدٍ قذفًا، وبرهن في حضرة المولى

قال: (ولو ادعىٰ قذفًا، علىٰ عبد، فبرهن بحضرة مولاه، فالحكم: حبسه إلىٰ حين التزكية، وأخذ[٤] كفيل بنفس المولىٰ، ويأمر بأخذه[٥]، بنفس العبد، لا بنفسهما).

---

(١) «الهداية» ٣/ ٨٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٢، و«شرح الوقاية» ٢/ ٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٠.

(٢) في (ب): (فكل) بدل (وكل).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٧، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٥.

(٤) في (ج): (وأحضر) بدل (وأخذ).

(٥) من قوله: (مولاه، فالحكم: حبسه إلىٰ حين ...) إلىٰ قوله: (ويأمر بأخذه) غير موجود في (ج).

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا ادعىٰ رجل علىٰ عبد قذفًا، وأقام البينة بذلك في حضرة مولاه، يحبس هٰذا العبد، ويؤخذ كفيل من المولىٰ بنفسه إلىٰ أن تزكى البينة، فيقام الحد عليه بمحضرة مولاه[١]؛ لأن تهمة وجود القذف من العبد ثابتة بنفس الشهادة، فيعاقب بالحبس إلىٰ وقت التزكية.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يؤخذ الكفيل بنفس العبد، دون المولىٰ[٢]؛ لأن حضور المولىٰ في إقامة الحد ليس بشرط -عنده، بعد ثبوت القذف بحضرته، فيؤخذ الكفيل بنفس العدد- علىٰ ما هو مذهبهما.

وقال محمد رحمه الله: يؤخذ الكفيل بنفس العبد[٣] والمولىٰ جميعًا[٤]؛ لأن حضرة مولاه؛ لاستيفاء الحدّ، شرط عنده، كما عند أبي حنيفة، فيؤخذ الكفيل بنفسه؛ بحضوره، ويؤخذ الكفيل من العبد بنفسه؛ لإحضاره كما تقدم[٥].

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ١٠٥، و«منظومة النسفي» لوحة ٨٧/ أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٦.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ١٠٥، و«منظومة النسفي» لوحة ٨٧/ ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٦.

(٣) قوله: (علىٰ ما هو مذهبهما، وقال محمد رحمه الله: يؤخذ الكفيل بنفس العبد) غير موجود في (ج).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ١٠٥-١٠٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ٨٧/ ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٦.

فصل في الكفالة بالمال

جواز الكفالة بالمال، معلومًا كان، أو مجهولًا، إذا كان دينًا صحيحًا

قال: (وتجوز بالمال، معلومًا كان، أو مجهولًا، إذا كان دينًا صحيحًا، كـ: تكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هٰذا البيع)[١].

هٰذا هو النوع الثاني من الكفالة، وهو الكفالة بالمال، وأنها جائزة، سواء كان المال[٢] المكفول به معلومًا، أو مجهولًا، إذا كان دينًا صحيحًا.

أما المعلوم: فمثل قوله: تكفلت عنه بألف درهم.

والمجهول: مثل قوله: تكفلت عنه بما لَكَ عليه، أو بما يدركك في هٰذا البيع -يعني: إذا ٱستحق المبيع من يد المشتري، ولزمه غرامة الثمن- والدليل علىٰ جوازها مطلقا ما مرّ في أول الباب[٣]. وعلىٰ جوازها مع الجهالة: أن شرعيتها للتوسعة؛ لكونها تبرعًا، ومبناه على المساهلة؛ لكون التضييق فيه صارفًا عن الإقدام عليه، فيتحمل فيها الجهالة، وانعقاد الإجماع[٤] علىٰ صحة [أ/٢٠٠] الكفالة بالدرك،

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٤، ١٥٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤، و«الاختيار» ٢/ ١٦٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٢، ١٥٣، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٠، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥١.

(٢) لفظ: (المال) غير موجود في (أ).

(٣) ينظر: صحيفة ١٧٩٢-١٧٩٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩، و«الهداية» ٣/ ٩٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥١.

وصار[١] كالكفالة بالشجة مع ٱحتمال السراية والاقتصار[٢].

والغرض بقيد (الدين الصحيح) الاحتراز عن بدل الكتابة؛ لصحته مع المنافي[٣]. علي ما يأتي إن شاء الله تعالىٰ[٤].

تخيير المكفول له في مطالبة الكفيل أو المكفول عنه

قال: (ويتخير المكفول له في مطالبة أيهما[٥] شاء).

لأن الكفالة: ضم الذمة إلى الذمة[٦] في المطالعة دون براءة أحدهما، وإذا طالب أحدهما فله مطالبة الآخر، بخلاف المالك إذا ٱختار تضمين أحد الغاصبين؛ لأن ٱختياره لتضمين أحدهما[٧] يتضمن تمليك المغصوب

ملاحظة: في ٱنعقاد الإجماع نظر؛ فقد قال النووي في «روضة الطالبين» ٤/ ٢٤٦: (في صحة هٰذا الضمان طريقان: أحدهما: يصح قطعًا، وأصحهما: علىٰ قولين: أظهرهما: الصحة؛ للحاجة إليه، والثاني: البطلان. فإن صححنا، فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن، فأما قبله، فوجهان: أصحهما: المنع). ا.هـ

وقال ابن قدامة في «المغني» ٤/ ٥٩٦: (وممن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، ومنع منه بعض الشافعية).

(١) في (ج): (فصار) بدل (وصار).

(٢) «الهداية» ٣/ ٩٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٣، و«البحر الرائق) ٦/ ٢٣٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٠، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥١.

(٣) ينظر «المبسوط» ٢٠/ ١١٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٠٠، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٥، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٥.

(٤) ينظرص١٨٦٩.

(٥) في (ج): (أيها) بدل (أيهما).

(٦) عبارة: (إلى الذمة) غير موجودة في (أ).

(٧) من قوله: (فله مطالبة الآخر...) إلىٰ قوله: (اختياره لتضمين أحدهما) زيادة من (ب).

منه، فلا يمكنه التمليك من الثاني بعد تمليك الأول، وليست الكفالة [ج/٣٠٥أ] كذلك؛ لعدم تضمنها التمليك[١].

اشتراط براءة الأصيل في الكفالة

قال: (فإن شرط براءة الأصيل ٱنعقدت حوالة، كما إذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل، كانت كفالة).

وأصل ذلك ٱعتبار المعنىٰ دون اللفظ[٢]. والجملة من الزوائد.

تعليق الكفالة بشرط ملائم

قال: (ويجوز تعليقها بشرط ملائم، كشرط وجوب الحق، أو إمكان الٱستيفاء، أو تعذره، ك: ما بايعتَ فلانًا[٣] فعليَّ، أو ما ذاب لك عليه فعلي، أو إذا قدم المكفول عنه، أو غاب عن البلد، لا بمجرد الشرط؛ كهبوب الريح، ومجيء المطر، ولو جعله أجلًا وجب المال حالًا).

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٥، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٣٨، و«الهداية» ٣/ ٩٠، و«الاختيار» ٢/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٣، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٨-٢٣٩.

(٢) «الاختيار» ٢/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٢، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥١.

(٣) لفظ: (فلانًا) غير موجود في (ب، ج).

الكفالة يجوز تعليقها بالشرط، مثل أن يقول: ما بايعت فلانًا فعليَّ، أو ما ذاب لك عليه فعليّ، أو ما غصبك فعليّ، والأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾[1]. والإجماع منعقد علىٰ صحة ضمان الدرك[2]، ثم إن كان ذلك الشرط ملائمًا، كما إذا شرط شرطًا يجب عنده الحق، كقوله: ما بايعت فلانًا فعليَّ؛ فإن البيع شرط ثبوت الحق في الذمة، جاز التعليق؛ لملاءمة الشرط، وكذلك إذا قال: إذا ٱستحق المبيع، أو ذكر شرطا؛ لإمكان الٱستيفاء، كقوله[3]: إذا قدم زيد وهو المكفول عنه، أو ذكر شرطًا؛ لتعذر الٱستيفاء، كقوله: إن غاب عن البلد، فعليَّ، فإن ذلك ملائم للكفالة، بخلاف ما إذا علقه بمجرد الشرط، كهبوب الرياح، ومجيء المطر، فإنه تعليق؛ لوجوب المال بالخطر، فلا يصح، كالبيع، وقدَّمنا الكلام فيه، فلو جعل ذلك[4] أجلًا، صحت الكفالة، وبطل التأجيل، ولزم المال[5] حالًا؛ لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل [ب/٢٣٦أ] بالشرط الفاسد، كالطلاق والعتاق[6].

---

(١) سورة: يوسف (آية: ٧٢).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٩، و«الهداية» ٣/ ٩٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥١.

ملاحظة: سبق أن ذكرت أن ٱنعقاد الإجماع في هٰذِه المسالة محل نظر، ونقلت ما قرره النووي، وابن قدامة في هٰذِه المسألة، ينظر صحيفة ص١٨٢٧.

(٣) في (ج): (لقوله) بدل (كقوله).

(٤) لفظ: (ذلك) غير موجود في (أ، ج).

(٥) من قوله: (بالخطر فلا يصح كالبيع...) إلىٰ قوله: (وبطل التأجيل، ولزم المال) غير موجود في (ج).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٥٥، و«الهداية» ٣/ ٩٠، و«الاختيار» ٢/ ١٧١، و«تبيين الحقائق»

وقوله: (ملائم) إلىٰ آخره من الزوائد.

تعليق البراءة من الكفالة بشرط

قال: (ولا يصح تعليق البراءة منها بالشرط، ويصح في رواية).

لأن في البراءة من الكفالة معنى التمليك، كسائر البراءات، والتمليك لا يتعلق[1]، ويروىٰ صحة التعليق[2]، ووجهها: أن الذي على الكفيل المطالبة دون الدين، فكان إسقاطا محضًا خاليًا عن معنى التمليك، ولهٰذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف الإبراء[3] عن الأصيل[4]. وهٰذِه الرواية من الزوائد.

٤/ ١٥٢-١٥٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/أ، ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٣٩-٢٤٠، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٢.

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ب، و«ملتقى الأبحر» ٢/ ٦٠.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) لفظ: (الإبراء) غير موجود في (أ).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٥، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٦٠.

القول قول الكفيل، عند عدم البينة، وإن اعترف المكفول بزيادة لزمته دون كفيله

قال: (ولو تكفل بما عليه، فقامت البينة بألف ضمنها، وإلا كان القول للكفيل علىٰ ما يعترف به، فإن ٱعترف المكفول عنه بأكثر لزمه دون كفيله).

أما إذا قامت البينة[١]، بمقدار معلوم، ضمن الكفيل ذلك[٢]؛ لأن الثابت به[٣] ثابت بالحجة الشرعية، فكان كالثابت عيانًا؛ فصح الضمان به[٤]. وإن لم تقم البنية بشيء، والكفيل يعترف بمقدار معلوم، فالقول قوله فيه، مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة.

وأما المكفول عنه، فإن ٱعترف بالزيادة لزمته الزيادة[٥]، ولا[٦] تلزم كفيله؛ لأن له ولاية علىٰ نفسه، فيلزمه[٧] ما ٱعترف به، ولا يلزم كفيله؛ لأن ذلك إقرارٌ على الغير، والإقرار حجة قاصرة لا تعدو المقر[٨].

---

(١) من قوله: (بألف ضمنها، وإلا كان...) إلىٰ قوله: (وأما إذا قامت البينة) غير موجود في (ج).

(٢) لفظ: (ذلك) غير موجود في (ج).

(٣) في (ب): لفظ: (له) بدل (به).

(٤) لفظ: (به) غير موجود في (ج).

(٥) عبارة: (لزمته الزيادة) غير موجودة في (ج).

(٦) في (ج): لفظة: (فلا) بدل (ولا).

(٧) في (أ): (فيلزم) بدل (فيلزمه).

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٥٦، و«الهداية» ٣/ ٩٠، و«الاختيار» ٢/ ١٧١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ب.

الكفالة بأمر المكفول، وبغير أمره، وما يرجع به الكفيل على مكفوله

قال: (وتجوز بأمر المكفول عنه، وبغير أمره، ويرجع في الأول إذا أدىٰ دون الثاني).

أما جواز الكفالة بأمر المكفول عنه، وبغير أمره؛ فلإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «**الزعيم غارم**»[1]. ولأنه التزام للمطالبة، وهٰذا تصرف[2] منه في حق نفسه، فينفذ، والطالب ينتفع به، والمطلوب لا يتضرر به؛ لثبوت الرجوع له على المكفول عنه، بأمره، وقد رضي به[3] فإن كفل بأمره رجع عليه إذا أدىٰ؛ لأنه [ج/٣٠٥ب] قضىٰ عنه دينًا لازمًا له بأمره، فيرجع عليه، وإن كفل بغير أمره لم يرجع عليه بما يؤديه؛ لكونه متبرعًا، والمتبرع لا يرجع بما يؤدي[4]، ومعنىٰ قوله: (يرجع في الأول إذا أدىٰ) يعني: إذا أدىٰ ما ضمنه، فلو أدىٰ خلاف ما ضمنه، كما إذا تكفل بصحاح أو جياد، فأدىٰ مكسورة أو زيوفًا، فتجوَّز بها الطالب، رجع بما ضمن؛ لأنه بالأداء ملك الدين فنزل منزلة الطالب، كما لو ملكه بهبة أو إرث، بخلاف المأمور بقضاء الدين، حيث يرجع بما أدىٰ؛ لأنه لم يجب عليه شيء حتىٰ يملك الدين بالأداء[5].

---

(١) سبق تخريجه ص١٧٩٢.

(٢) في (ج): (يصرف) بدل (تصرف).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٦، و«الهداية» ٣/ ٩١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٢-١٣٣.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «الهداية» ٣/ ٩١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٢.

الرجوع على من قال لغير خليط: اقض فلانًا ألفًا، ولم يقل: عني

قال: (ولو قال لغير خليط: اْقض فلانًا ألفًا، ولم يقل: عني، فأدىٰ؛ يحكم له بالرجوع).

رجل قال لرجل آخر، ليس مخالطًا له، ولا هو في عياله: اْقض فلانًا ألف درهم، ولم يقل: اْقض عني، فأدى المأمور ألفًا.

قال أبو يوسف: يرجع بها على الآمر[١]. وقالا: لا يرجع[٢]، ولو كان المأمور خليطًا للآمر رجع بالاتفاق[٣].

له: أن الأمر بالقضاء دليل ثبوت الدين لمن أمر بالصرف إليه، والظاهر أن ذلك الدين عليه لا على المأمور؛ لأن الإنسان [أ/٢٠٠ب] يسعىٰ في تفريغ ذمته عن الدين لا في ذمة غيره؛ لأنه لا فائدة في فراغ ذمة غيره، فصار كأنه قال: اْقض عني؛ لترجع بما أديته عليّ، وصار[٤] كما لو كان المأمور من خلطاء الآمر، ممن بينه وبينه مداينات ومعاملات.

ولهما: أن قوله: اْقضه ألفًا، يحتمل ألفًا هي عليَّ، ويحتمل ألفًا هي عليك، والاحتمال[٥] سواء للعرف الجاري بذلك؛ فإن الإنسان يستعين

---

(١) «المبسوط» ٢٠/٥٦، و«منظومة النسفي» لوحة ٤٧/ب، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٠٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ب، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣١٤.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ٢٠/٥٦، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٠٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ب، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣١٤.

(٤) في (ب): (فصار) بدل (وصار).

(٥) في (ج): (والاحتمالات) بدل (والاحتمال).

بغيره في قضاء دين[١] عليه، وينصح غيره، ويقترح عليه أن يقضي غريمه دينًا عليه؛ ٱستدفاعًا للإثم، أو الذم المتوجه عليه بالمطل، فلا يثبت له الرجوع بالشك، كما لو قال: ٱدفع إليه ألفًا، ولم يقل: ٱقض، بخلاف الخليط؛ لقيام القرينة بقضاء دين على الآمر[٢].

متى يحق للكفيل مطالبة الأصيل، أو ملازمته، أو حبسه

قال: (وليس للكفيل مطالبة الأصيل قبل الأداء عنه، إلَّا أن يلازم به، فيلازمه حتىٰ يخلصه).

أما عدم مطالبة الكفيل للمكفول عنه، قبل الأداء عنه[٣]، فإن المطالبة تستلزم سبق الملك، ولا ملك له في الدين إلَّا بعد الأدءا[٤]، بخلاف الوكيل بالشراء؛ حيث يرجع بالثمن قبل الأداء عنه[٥]؛ لجريان مبادلة حكمية [ب/٢٣٦ب] بين الموكل والوكيل، علىٰ ما مرَّ[٦]. وأما إذا لوزم الكفيل، أو حبس، فله أن يلازم المكفول عنه، ويحبسه؛ حتىٰ يخلص المال؛ لأن ما لحقه من ذلك واقع من جهته، فله أن يعامله بمثل ذلك[٧].

---

(١) في (أ): زيادة (له) بعد قوله: (دين).

(٢) «المبسوط» ٢٠/٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٨.

(٣) في (ج): زيادة عبارة: (إلا أن يلازم به) بعد قوله: (قبل الأداء عنه).

(٤) «الكتاب» ٢/١٥٧، و«تحفة الفقهاء» ٣/٢٣٩، و«الهداية» ٣/٩١، و«الاختيار» ٢/١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/١٥٥-١٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك،لوحة ١٦٣/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/٥٩، و«كشف الحقائق» ٢/٥٢.

(٥) لفظ: (عنه) غير موجود في (أ، ج).

(٦) ينظر ص١٧٠٥.

(٧) ينظر المراجع السابقة.

براءة الكفيل؛ ببراءة الأصيل، وبالاستيفاء منه

قال: (ويبرأ الكفيل؛ ببراءة الأصيل، وبالاستيفاء منه).

رب المال إذا أبرأ المكفول عنه، أو استوفىٰ منه[1] حقه، بريء الكفيل؛ لأن الدين على الأصيل في الصحيح، فإذا برئت ذمته بالأداء، أو برأها الطالب، برئ الكفيل؛ إذ الكفالة: ضم ذمة الكفيل إلىٰ ذمة الأصيل في المطالبة، وهي تستلزم ثبوت الدين، وقد سقط عن الأصيل؛ فسقطت المطالبة عن الكفيل[2].

عدم براءة الأصيل؛ ببراءة الكفيل

قال: (ولا يبرأ الأصيل؛ ببراءة الكفيل).

[جـ/٣٠٦أ] لأن الذي على الكفيل هو المطالبة، مع بقاء الدين على الأصيل، وسقوط مطالبة الكفيل، مع بقاء الدين، على الأصيل جائز[3].

---

(١) لفظ: (منه) غير موجود في (أ).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٥٧، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٠، و«الهداية» ٣/ ٩١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٦، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٥-٢٤٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٣.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٧، و«الهداية» ٣/ ٩١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٤.

تأخر الدين عن الكفيل؛

بتأخيره عن الأصيل، دون العكس

قال: (وإن أخر عن الأصيل تأخر عن الكفيل، لا بالعكس).

لأن التأخير إبراءٌ مؤقت، فيعتبر بالمؤبد منه[١].

وهٰذِه المسألة من الزوائد.

قول الطالب لكفيل ضمن له بأمر المكفول عنه:

«برئتَ إلي» أو: «أبرأتك»، أو «برئتَ»

قال: (ولو قال الطالب لكفيل ضمن له بأمر الأصيل: برئتَ إليَّ، رجع بالمال، أو: أبرأتُك، لم يرجع، أو: برئتَ، يلحقه بالأول، لا بالثاني).

هٰذِه ثلاث مسائل، الأوليان من الزوائد.

إن قال الطالب لرجل كفل آخر بمال، بأمر المكفول عنه: برئت إليَّ، يرجع الكفيل على الأصيل بالمال المكفول به؛ لأن هٰذِه براءة، ٱبتداؤها من المطلوب، وانتهاؤها إلى الطالب، فلا يتحقق إلَّا بالإيفاء؛ فيكون ذلك إقرارًا منه بالأداء والكفالة بأمره، فيرجع عليه[٢].

---

(١) «الهداية» ٣/ ٩١، و«الاختيار» ٢/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٣/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٥-٢٤٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٣-١٣٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٣.

(٢) «تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٦٩-١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٨، و«مجمع

المسألة الثانية: ما إذا قال له: أبرأتك، لم يرجع على الأصيل بشيء[١]؛ لأنها براءة مقصورة عليه، لا تنتهي إلىٰ غيره، فكانت إسقاطًا؛ فلم تتضمن الإقرار بالأداء، والرجوع يستلزم سبق الأداء[٢].

الثالثة، وهي المسألة الخلافية: إذا قال: برئت، ولم يقل: «إليَّ»، قال أبو يوسف رحمه الله: هو مثل قوله: «برئت إليَّ»[٣]؛ لأنها براءة ٱبتداؤها من المطلوب، وإنما المطلوب الأداء دون الإسقاط.

وقال محمد رحمه الله: هو مثل قوله: «أبرأتك»[٤]؛ لأن اللفظ إخبار عن براءة ذمته، وذلك مجمل، يمكن أن يكون بالأداء، ويمكن أن يكون بالإبراء؛ فيثبت الأدنىٰ، فلا يرجع الكفيل بالشك. وقيل: إذا كان الطالب حاضرًا، يرجع إليه في البيان؛ لأنه هو المجمل[٥].

الأنهر» ٢/ ١٣٤.

(١) في (جـ): (شيء) بدل (بشيء).

(٢) «الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٤-١٣٥.

(٣) «منظومة النسفي» لوحة ٧٥/ب، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٤.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٤٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٤.

إذا أبرأ الدائن الميت عن دينه، فرده وارثه

قال: (ولو أبرأ الميت، فرده وارثه، يحكم بأنه يرتد، وخالفه).

إذا أبرأ الدائن الميت عن دينه فردَّه[١] وارثه[٢]. قال أبو يوسف: يرتد بالرد، ويبقى الدين[٣]؛ لأن الوارث قائم مقام المورث، فكان[٤] ردّه كرده. وقال محمد: لا يرتد[٥]؛ لأن الدين على الميت لا على الوارث، فلم يتضمن تمليكه الدين منه؛ ليرتد برده، فلا يرتد برده.

رجوع العبد على مولاه الذي كفل عنه بإذنه، وقد أدى المكفول به بعد عتقه

قال: (ولو كفل عبدٌ عن مولاه بإذنه، فعتق، فأدىٰ، منعناه من الرجوع به).

العبد إذا كفل عن مولاه بإذنه مالًا، ثم عتق، فأدى المكفول به، لم يكن له الرجوع على المولىٰ بالمال[٦]، خلافًا لزفر[٧].

---

(١) لفظ: (فردّه) غير موجود في (ج).
(٢) في (ج): زيادة (يحكم) بعد قوله: (وارثه).
(٣) «منظومة النسفي» لوحة ٧٥/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١، و«الهداية» ٣/ ٩٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣١٧.
(٤) في (ج): (وكان) بدل (فكان). (٥) ينظر المراجع السابقة.
(٦) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«المبسوط» ١٩/ ١٢، و«الهداية» ٣/ ٩٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٠، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٠٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٥-١٤٦.
(٧) ينظر المراجع السابقة.

له: أن الأصل في الكفالة بالإذن الرجوع، وإنما لا يرجع العبد أن لو أدىٰ حالة العبودية؛ لأن العبد لا يستوجب دينًا علىٰ مولاه، وأما[(١)] في مسألتنا فهو مؤدٍ بعد العتق، فلا مانع من الرجوع.

ولنا: أن هٰذِه الكفالة حالة ٱنعقادها لم تكن موجبة للرجوع؛ فلا تنقلب موجبة له، كما لو كانت الكفالة بغير إذن الأصيل[(٢)]، ثم رضي بها، وأجازها؛ فإنه لا يملك الرجوع. كذا هٰذا[(٣)].

ادعى عليه أنه كفل له عن فلان بأمره كذا، فأنكر، فأقام المدعي البينة، فألزمه القاضي، فأدى، فهل له الرجوع على الأصيل؟

قال: (ولو ٱدعىٰ أنه كفل له عن فلان بأمره بكذا، فأنكر، فبرهن، فأدىٰ؛ حكمنا له بالرجوع).

[أ/٢٠١أ] رجل ٱدعىٰ علىٰ آخر أنه كفل له عن فلان بأمره كذا من المال [جـ/٣٠٦ب]، فأنكر المدعىٰ عليه الكفالة، فأقام المدعي بينة عليه بذلك، وألزمه القاضي حكم الكفالة، فأدىٰ ما وجب عليه بها، فله أن يرجع به[(٤)] على الأصيل[(٥)].

---

(١) في (جـ): (أما) بدون الواو.

(٢) في (جـ): (الأصل) بدل (الأصيل).

(٣) «الهداية» ٣/ ٩٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٥-١٤٦.

(٤) لفظ: (به) غير موجود في (ب).

(٥) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«الهداية» ٣/ ٩٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٤،

وقال زفر: لا يرجع[١]؛ لأنه بالرجوع يدعي الكفالة، وقد جحدها آنفًا، فتناقض.

ولنا: أنه بقضاء القاضي صار مكذبًا في الجحود شرعًا؛ فالتحق جحوده بالعدم، كما لو أقر الإنسان بدين[٢]، فجحده المقر له، يلتحق إقراره بالعدم، فكذلك[٣] تكذيب الشرع[٤].

أثر موت الكفيل على الدين المؤجل

قال: (ولو تعجل المؤجل بموت الكفيل، فأدىٰ وارثه حكمنا، له بالرجوع وقت الأجل[٥]، لا للحال).

رجل كفل آخر بدين مؤجل، بإذنه، ثم مات [ب/٢٣٧أ] الكفيل؛ فحلَّ الأجل بموته، كسائر ديونه المؤجلة، واستوفى الطالب من تركته، لم يرجع ورثته على الأصل بما أدوا إلَّا بعد حلول الأجل، لا للحال[٦].

و«شرح الوقاية» ٢/ ٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٠.

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) لفظ: (بدين) غير موجود في (أ).

(٣) في (ج): (وكذلك) بدل (فكذلك).

(٤) «الهداية» ٣/ ٩٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٤، و«شرح الوقاية» ٢/ ٥٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٠.

(٥) عبارة: (وقت الأجل) غير موجودة في (ج).

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ٩٨، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٠، و«الدر المختار» ٥/ ٣١٩.

وقال زفر: يرجعون للحال[١]؛ لأن الأجل قد سقط؛ فصار الدين حالًا، فيرجعون نيابة عن مورثهم؛ لأن الكفيل يصير[٢] مقرضًا للأصيل ما كفل به في ضمن الأداء عنه، والأداء الموجود من الورثة كالموجود من[٣] الكفيل، بحكم القاضي؛ فاستوجب على الأصيل مثل ما أداه في الحال؛ لقيام الموجب، وهو الإقراض الثابت في ضمن الأداء.

ولنا: أن الأجل حق الأصيل؛ فلا يبطل بدون إبطاله، وإنما حل الدين بموت الكفيل؛ لانتقاله من الذمة إلى التركة، فهي عين، فأما في حق الأصيل، فدين الكفيل عليه مؤجل، ولم يصر عينًا، وما ثبت لضرورة الانتقال من ذمة الكفيل إلىٰ تركته يتقدر بقدره؛ فلا يظهر في حق غيره[٤].

الكفالة من غير قبول الطالب ولا نائبه في مجلس العقد، وما يستثنى من ذلك

قال: (ولا تصح الكفالة إلَّا بقبول المكفول له في مجلس العقد، إلَّا في قول المريض لوارثه: تكفل عني بما علي، فتكفل به مع غيبة الغريم، ويجيزها مطلقًا).

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) لفظ: (يصير) غير موجود في (أ).

(٣) قوله: (الورثة كالموجود من) غير موجود في (ج).

(٤) «المبسوط» ٩٨/٢٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٠.

إذا كفل بنفس فلان، أو بما عليه من المال، بغير محضر من الطالب، أو نائب عنه، فالكفالة باطلة عند أبي حنيفة(١) ومحمد(٢) رحمهما الله.

وقال أبو يوسف: هي جائزة، لازمة(٣)؛ لأنه تصرف التزام(٤)؛ فيستبدّ(٥) به الملتزم؛ ولأنه(٦) لا يشترط حضور المكفول به، ولا حضور المكفول عنه، ولا يشترط حضور المكفول له، ولا نائب عنه.

ولهما: أن في الكفالة معنى التمليك من المكفول له؛ فإنه يملك(٧) مطالبته بالمكفول به، فيقوم بهما جميعًا، والموجود شطره، فلا يتوقف علىٰ ما وراء المجلس، بخلاف المكفول به(٨) والمكفول عنه؛ لعدم معنى التمليك منهما، فافترقا(٩).

وبعض المشايخ أفتىٰ بقول أبي يوسف رحمه الله؛ رفقًا بالناس.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٤/٢٥٩، و«المبسوط» ١٩/١٧١، و«تحفة الفقهاء» ٣/٢٤١، و«بدائع الصنائع» ٦/٦، و«الهداية» ٣/٩٣، و«الاختيار» ٢/١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/١٥٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/أ، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/١٥٨.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ب): (إلزام) بدل (التزام).

(٥) في (أ): (فيستند) بدل (فيستبد).

(٦) في (أ): (وأنه) بدل (ولأنه).

(٧) في (أ، ج): (يملكه) بدل (يملك).

(٨) من قوله: (فيقوم بهما جميعًا..) إلىٰ قوله: (بخلاف المكفول به) غير موجود في (ج).

(٩) «بدائع الصنائع» ٦/٦، ٧، و«الهداية» ٣/٩٣، و«الاختيار» ٢/١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/١٥٩، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/١٥٨.

وأما المسألة المستثناة من قولهما فهي: أن المريض إذا قال لوارثه: تكفل عني بما عليَّ من الدين، فتكفل عنه مع غيبة الغرماء، فإن ذلك جائز؛ لأن ذلك وصية في الحقيقة؛ ألا ترىٰ أنه تصح، وإن لم يسم المكفول لهم، ولا تصح إذا لم يكن[1] له مال؛ أو لأنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه؛ تفريغًا لذمته، وفيه نفع للطالب[2]، فينزل منزلة ما إذا حضر بنفسه، وإنما يشترط بهٰذا اللفظ؛ لأنه يراد به تحقيق الحال دون المساومة، والظاهر ذلك في حال[3] المرض[4][5].

الكفالة عن الميت المفلس

قال: (وهي عن الميت المفلس باطلة)[6].

إذا مات الرجل، وعليه ديون، ولم يترك شيئًا، فتكفل عنه [جـ/٣٠٧أ] رجل للغرماء، لم تصح[7] الكفالة عند أبي حنيفة[8] رضي الله عنه.

---

(١) في (أ، ب، جـ): (كان) بدل (لم يكن).

(٢) في (جـ): (الطالب) بدل (للطالب).

(٣) في (ب، جـ): (حالة) بدل (حال).

(٤) في (جـ): (المريض) بدل (المرض).

(٥) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٤/ ٢٥٩، و«الكتاب» ٢/ ١٥٨، و«المبسوط» ١٩/ ١٧١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٧، و«الهداية» ٣/ ٩٣، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ أ.

(٦) في (أ): زيادة: (أما) بعد قوله: (باطلة).

(٧) في (ب): (تصلح) بدل (تصح).

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٥٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٦، و«الهداية» ٣/ ٩٣، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٢/ ١٥٩، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٦.

قالا: تصح[١]؛ لأن الدين ثابت، وقد كفل به؛ فصحت كفالته، وأما ثبوته؛ فلأنه حق الطالب، ولم يوجد المسقط؛ ولهٰذا يبقىٰ في حق أحكام الآخرة، حتىٰ تتوجه المطالبة لصاحب الحق إليه في الآخرة إجماعًا[٢]، وذلك يبتني علىٰ ثبوته وبقائه بعد الموت، ولو تبرع بأدائه إلى الطالب متبرعٌ، صح، وانتفت مطالبته عنه في الآخرة، والكفالة التزام ذلك التبرع، فإذا صح بالتبرع، صح التزامه[٣]. يبقىٰ مطالبة الكفيل بعد موته[٤]؛ كما لو كان له كفيل أو مال، ثم كفل عنه رجل بدين عليه.

وله: أن الدين ساقط، وقد كفل بدين ساقط؛ فلا يصح، وهٰذا؛ لأن الدين في الحقيقة فعل موصوف بالوجوب، ويستحيل بقاء الفعل بعد عدم من يقوم به الفعل؛ لأنه كان يجب عليه تمليك طائفة من ماله في حياته للغريم؛ لإمكان ذلك منه واستحالته بعد الموت، فامتنع بقاؤه، وإنما جعل هٰذا الفعل في حكم المال؛ لكونه يؤول إليه في المال بواسطة الإيفاء، فإذا عجز بنفسه وبخلفه[٥]، امتنع بالمال؛ فسقط في حق أحكام

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٦، و«الهداية» ٣/ ٩٣، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٠، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٣، و«المنتقىٰ» ٦/ ٨٤، و«المهذب» ١/ ٣٤٨، و«حلية العلماء» ٥/ ٤٨، و«المغني» ٤/ ٦٠٤، و«كشاف القناع» ٣/ ٣٦٨.

(٣) في (أ): (إلزامه) بدل (التزامه).

(٤) عبارة: (بعد موته) غير موجودة في (أ).

(٥) خلفه: المراد به الكفيل أو المال؛ لأن رجاء الأداء منهما باق، فإن الخلف: ما به يحصل كفاية أمر الأصل عند عدمه، وهما كذلك؛ فكانا خلفين.
«الاختيار» ٢/ ١٧١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٠، و«العناية على الهداية» ٧/ ٢٠٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٦.

الدنيا بالضرورة، بخلاف ما إذا ترك مالًا أو كفيلًا لقدرته بخلفه، وبخلاف التبرع؛ لأنه لا يعتمد قيام الدين[١].

كفالة العبد المأذون المديون عن مولاه بإذنه

قال: (ولا تصح من المأذون المديون عن مولاه بإذنه، فإن أعتقه في المرض ومات، سعى العبد للغرماء، ثم إذا أعتق فالكفالة نافذةٌ، وأنفذاها عند عتق [ب/٢٣٧ب] المولىٰ).

العبد المأذون له المديون[٢] إذا كفل عن مولاه بأمره[٣] بمال[٤]، لم تصح الكفالة لحق الغرماء[٥]، فإن أعتقه المولىٰ في مرض موته، ومات، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: هو كالمكاتب، يسعىٰ في الدين للغرماء، فإذا أدىٰ عتق، فنفذت تلك الكفالة عن العتق المتعقب [أ/٢٠١ب] للسعاية؛ لأنه كالمكاتب -عنده[٦]، وقالا: ينفذ الكفالة من حين عتق المولىٰ

---

(١) «الهداية» ٣/ ٩٣، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠-١٧١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«الدرر الحكام شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٠٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٦.

(٢) لفظ: (المديون) غير موجود في (أ، ب).

(٣) لفظ: (بأمره) غير موجود في (ج). (٤) لفظ: (بمال) غير موجود في (أ).

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ١٣، ١٤، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ ب، و«الهداية» ٣/ ٩٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٠.

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ١٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٠، و«مجمع

إياه، وهو عندهما حرٌّ مديون[١].

والكلام في ذلك يتقرر في كتاب العتق إن شاء الله تعالىٰ.

الكفالة بالثمن، والمبيع، والأعيان

قال: (وتصح بالثمن لا بالمبيع، وتصح بالأعيان المضمونة بنفسها، كالمقبوض علىٰ سوم الشراء، أو ببيع فاسد، وكالمغصوب، لا بغيرها كالمبيع، والمرهون، ولا بالأمانات).

أما صحة الكفالة بالثمن؛ فلأنه دين صحيح، يمكن ٱستيفاؤه من الكفيل؛ فصحت الكفالة به[٢]. وأما عدم صحة الكفالة عن البائع بالمبيع؛ فهٰذا ينبني علىٰ ما ذكره بعد ذلك في صحة الكفالة بالأعيان، وعدمها.

والكلام في الكفالة بالأعيان علىٰ وجهين:

أما إن كانت الأعيان مضمونة أو غير مضمونة:

فإن لم تكن مضمونة كانت أمانة، ولا تصح الكفالة بالأمانات، وهٰذا؛ لأن الكفالة عقد ضمان يلزم به ما هو مضمون على المكفول عنه، فإذا كانت العين غير مضمونة على المكفول عنه، لم يصح ضمانها عنه،

الأنهر» ٢/ ١٣٦.

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٥٧، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٨.

وهٰذا كالودائع، والمضاربات، [جـ/٣٠٧ب] ومال الشركة، والمستأجر، والمستعار، إلَّا أن العارية يجب ردها، والعين المستأجرة يجب تسليمها، فإن ضمن ضامن تسليمها عمن هي في يده، جاز، وما سوىٰ ذلك فليس بمضمون الرد، ولا بمضمون[1] في نفسه، فلا تصح الكفالة به[2].

وأما الأعيان المضمونة فعلىٰ ضربين:

منها ما هو مضمون بنفسه، ومنها ما هو مضمون بغيره.

أما الأول: فمثل العين المغصوبة[3] والمقبوضة علىٰ سوم الشراء، أو ببيع فاسد، وكالمغصوب؛ فالكفالة بها تصح، ويلزم الكفيل رد العين حال بقائها، ودفع قيمتها بعد هلاكها، لأنها مضمونة في يد من هي[4] في يده، علىٰ هٰذا الوجه، فلزم كفيله الضمان علىٰ ذلك الوجه[5].

وأما الثاني: وهو ما كان مضمونًا بغيره، كالمبيع في يد البائع، والرهن في يد المرتهن، فلا يصح ضمانها؛ لأنها غير مضمونة[6]، باعتبار بدل العين وهو الضمان؛ ألا ترىٰ أن المبيع لو هلك في يد البائع ٱنفسخ

---

(١) في (ج): (ضامن) بدل (بمضمون).

(٢) «الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٥-١٣٦.

(٣) لفظ: (المغصوبة) غير موجود في (ج).

(٤) في (أ): (هو) بدل (هي).

(٥) «الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٠-٢٥١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٧-١٣٨، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٣-٥٤.

(٦) عبارة: (وغير مضمونه) غير موجودة في (أ).

البيع، ووجب رد الثمن، ولم تجب قيمة العين؟ فلو ضمن لكان ضامنًا ملك نفسه، وأنه لا يصح، ولا تصح الكفالة باعتبار العين؛ لأن الكفالة التزام ما في ذمة الأصيل، والعين لا تثبت[1] في الذمة[2]، والمذكور في المتن: أن الكفالة بالمبيع لا تصح مطلقًا، علىٰ ما أطلقه القدوري[3]، والمراد به: العين، فلو كفل تسليم المبيع جاز؛ لأن التسليم مستحق على البائع، ويمكن ٱستيفاؤه من الكفيل؛ فصحت الكفالة به[4]، فلو هلك المبيع بطلت الكفالة حينئذ؛ لأن القدرة على التسليم -حال قيام العين- ثابتة؛ فصحت الكفالة، وبعد الهلاك يثبت العجز، فبطلت[5]، وقيل: هٰذا هو الأصح[6].

وقوله: (وتصح بالأعيان...).

إلىٰ آخره من الزوائد.

---

(١) في (ج): (لا يثبت) بدل (لا تثبت).

(٢) «الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٥-١٣٦.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٧-١٥٨.

(٤) لفظ: (به) غير موجود في (أ).

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٧، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٥٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٨.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

الكفالة عما في يد الأجير المشترك

قال: (وهي، عما في يد الأجير المشترك، باطلة).

قال أبو حنيفة: إذا دفع ثوبًا إلى القصار؛ ليقصره، فكفل[١] رجل بالثوب عنه، لم يجز[٢] عنده[٣]، وعندهما: يجوز[٤].

وهٰذا الخلاف بناء علىٰ أن الأجير المشترك أمين أو ضامن، فعنده: هو أمين[٥]؛ فلا تصح الكفالة بالعين الغير المضمونة، وعندهما: هو ضامن[٦]؛ فصحت الكفالة به[٧].

الكفالة بالحمل على دابة مستأجرة

قال: (ولا تصح بالحمل علىٰ دابة مستأجرة بعينها، وتصح بغير عينها).

لأن الكفيل في **الأول**: عاجز عن الحمل عليها؛ بتقدير هلاكها.

---

(١) في (ج): (وكفل) بدل (فكفل).

(٢) في (ب): (يصح) بدل (يجز).

(٣) «المبسوط» ٢٠/١٠٢-١٠٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١١.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «الكتاب» ٢/٩٣، و«تحفة الفقهاء» ١/٣٥٢، و«الهداية» ٣/٢٤٤، و«الاختيار» ٢/٥٣-٥٤، و«تبيين الحقائق» ٥/١٣٤، و«مجمع الأنهر» ٢/٣٩١.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) لفظ: (به) غير موجود في (ب، ج).

وفي الثاني: قادرٌ علىٰ ذلك، علىٰ أي دابة شاء، والحمل هو المستحق عليه[١].

الكفالة بمال الكتابة

قال: (ولا تصح بمال الكتابة).

لأن مال الكتابة دين غير مستقر؛ لثبوته مع المنافي؛ لأن المولىٰ لا يثبت له دين علىٰ عبده؛ فلا يظهر في حق صحة الكفالة؛ ولأن البدل يسقط [ب/٢٣٨ب] بتعجيزه نفسه، ولا يمكن إثباته على الكفيل كذلك، وإثباته -مطلقًا- ينافي معنى الضم؛ لأن من شرط صحة[٢] الضم الاتحادَ[٣]، وعلىٰ هٰذا بدل السعاية -عند أبي حنيفة[٤]؛ لأنه كالمكاتب، وعندهما كالحر المديون[٥].

(١) «الكتاب» ٢/ ١٥٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٧، و«الهداية» ٣/ ٩٢، و«الاختيار» ٢/ ١٧٠-١٧١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٦.

(٢) لفظ: (صحة) غير موجود في (أ).

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١١٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦١، و«الدرر الحكام شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٠٠، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٥٥، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٥.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ١٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٧/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٩، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٣٦.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

كفالة المديْنَيْن كلٍّ واحدٍ منهما صاحبَه

قال: [جـ/٣٠٨أ] (وإذا كان دين على ٱثنين، فتكافلا، وأدىٰ أحدهما زيادة على النصف، رجع بالزيادة).

إذا كان الدين علىٰ رجلين، كما إذا ٱشتريا عبدًا بألف درهم، وكفل كل واحدٍ منها صاحبه، فما أدىٰ أحدهما لم يرجع علىٰ صاحبه حتىٰ يزيد ما يؤديه علىٰ خمسمائة، فيرجع[١] بتلك الزيادة؛ لأن كلا منهما في النصف أصيلٌ، وفي النصف كفيل، ولا معارضة بين النصف بالأصالة، وبين النصف بالكفالة؛ لأن النصف الأول دين، والثاني مطالبة، والمطالبة تابعة[٢] للدين، فما يؤديه أولا يقع عن النصف بالأصالة، فإذا زاد على النصف لم تقع المعارضة في الزائد، فيقع عن الكفالة[٣].

كفالة المدينين
عن ثالث مع كفالة كل واحد منهما صاحبه

قال: (ولو تكفلا عن ثالث، وكل منهما كفيلٌ عن صاحبه، رجع كل بنصف ما يؤديه على الآخر مطلقًا).

صورتها: إن تكفل كل منهما جميع المال عن الأصيل، وتكفل جميع

---

(١) في (ج): (ويرجع) بدل (فيرجع).

(٢) في (ج): (تابع) بدل (تابعة).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٥٨-١٥٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٤، و«الاختيار» ٢/ ١٧٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٦٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٣.

المال عن الشريك، فتكون[1] المطالبة متعددة؛ فتجتمع الكفالتان، وموجبهما التزام المطالبة، فتصح الكفالة عن [أ/٢٠٢ب] الكفيل، كما تصح عن الأصيل، فإذا عرف ذلك، فما يؤديه أحدهما يقع[2] شائعًا عنهما؛ إذ الكل كفالة، ولا ترجيح، فيرجع علىٰ شريكه بنصفه، ثم يرجعان على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه، أحدهما بنفسه والآخر بنائبه[3]، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه؛ لأنه قد كفل عنه بأمر جميع المال، ومتىٰ أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بالجميع؛ لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقي المال على الأصيل[4]، والآخر كفيل بكله، علىٰ ما بينا[5].

---

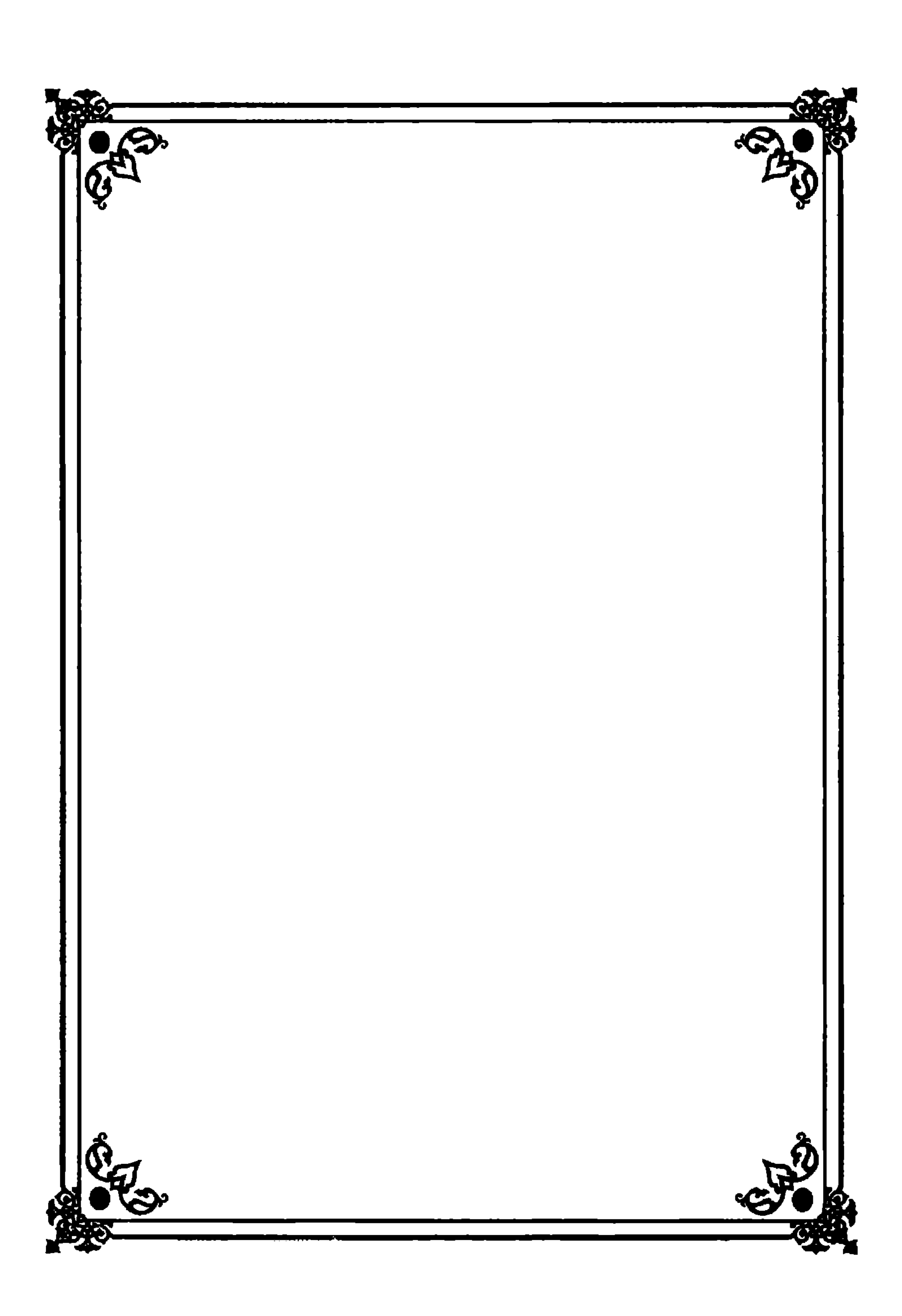
(١) في (ج): (ويكون) بالياء التحتانية، وفي (ب): (وتكون) بدل (فتكون).

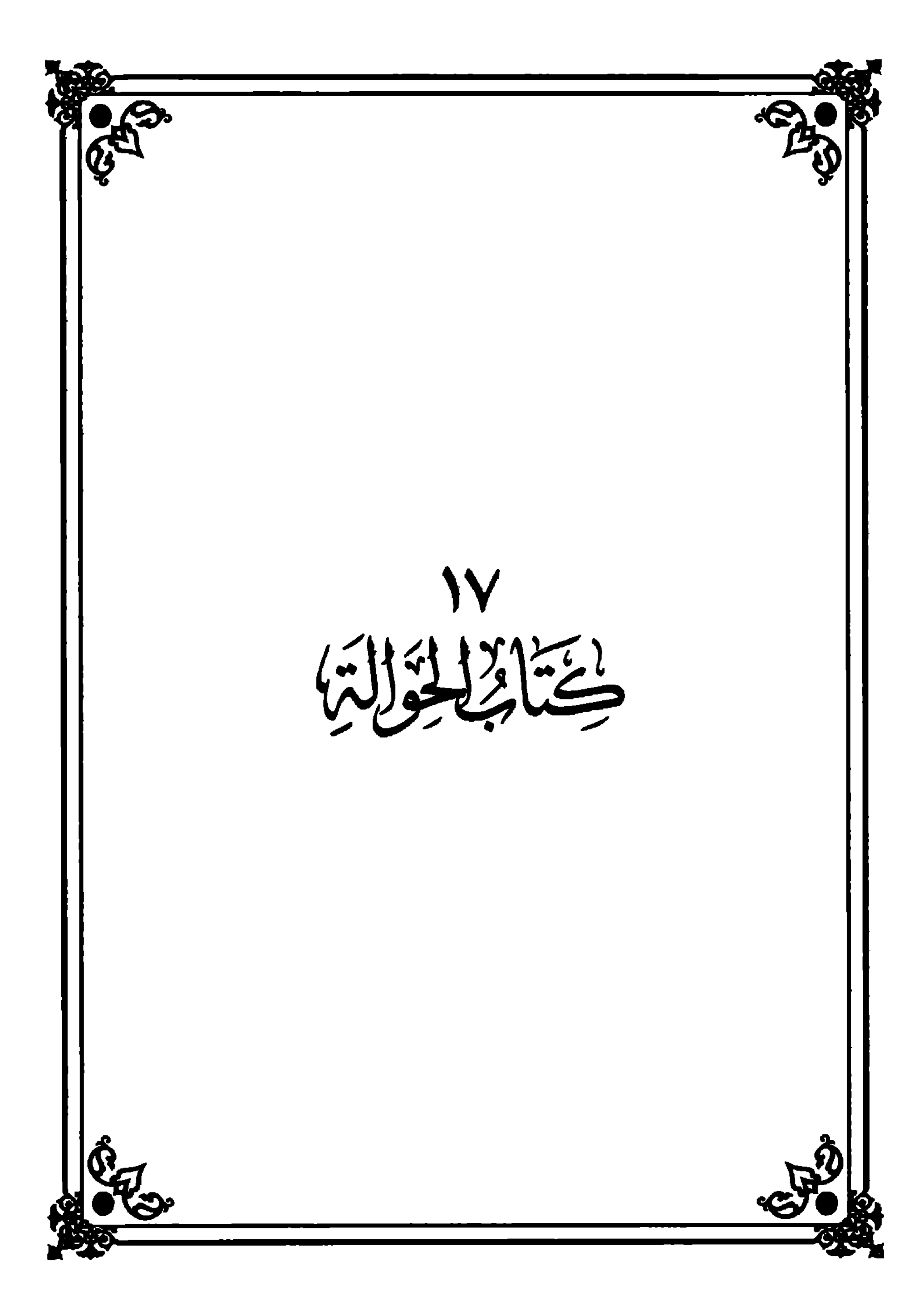
(٢) لفظ: (يقع) غير موجود في (أ).

(٣) من قوله: (ولا ترجيح، فيرجع علىٰ شريكه...) إلىٰ قوله: (بنفسه والآخر بنائبه) غير موجود في (أ).

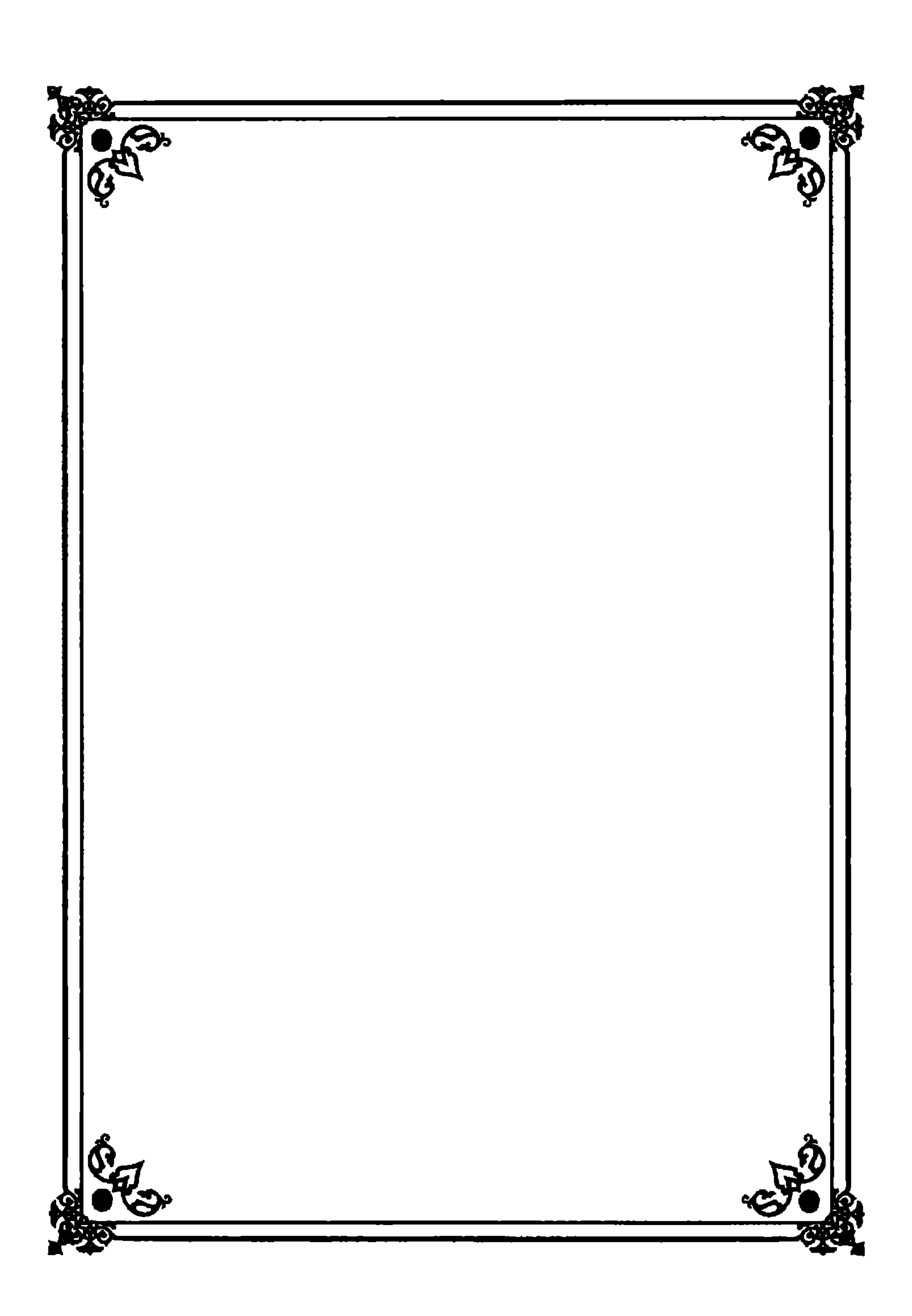
(٤) في (ج): (الأصل) بدل (الأصيل).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٥٩، و«الاختيار» ٢/ ١٧٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٦٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٤/ب، ١٦٥/أ، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٠٦، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٦٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ٥٨.





١٧
كِتَابُ الحَوَالَةِ



كتاب الحوالة

تعريف الحوالة، ودليل مشروعيتها

الحوالة: مشتقة من التحول[١]، وهو الانتقال، ومنه تحويل الغراس[٢]. وهي- في الشرع: نقل الدين من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه[٣].

ولهٰذا يبرأ المحيل عندنا[٤]؛ لتحول الدين من ذمته؛ إذ من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين، في زمان واحد.

ودليل شرعية الحوالة قوله عليه الصلاة والسلام: «**من أحيل علىٰ مليء[٥] فليتبع[٦]**».

(١) ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ خَالِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا ﴾ [الكهف: ١٠٨].

(٢) «الصحاح» ٤/ ١٦٨٠-١٦٨١، مادة (حول) و«طلبة الطلبة» ص٢٨٥، و«لسان العرب» ١/ ٧٦٠، مادة (حول) و«المصباح المنير» ١/ ١٥٧، مادة (حول) و«التعريفات» ص١٢٧، و«أنيس الفقهاء» ص٢٢٤، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٢٩٩، و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٠٩، مادة (حال).

(٣) «طلبة الطلبة» ص٢٨٥-٢٨٦، و«التعريفات» ص١٢٧، و«أنيس الفقهاء»ص٢٢٤.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٦٠، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«الاختيار» ٣/ ٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ أ.

(٥) مليء: هو الثقة الغني. «الصحاح» ١/ ٢٧٣، مادة (ملأ) و«النهاية» ٤/ ٣٥٢، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص١٢٢، و«المصباح المنير) ٢/ ٥٨٠، مادة (ملأ) و«الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي» ٣/ ٩.

(٦) «صحيح البخاري» ٣/ ٥٥ ، كتاب الحوالات، باب إذا أحال علىٰ مليء فليس له ردّ، و«صحيح مسلم» ٣/ ١١٩٧، رقم (١٥٦٤) كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل علىٰ مليء ، و«سنن أبي داود» ٣/ ٢٤٧، رقم (٣٣٤٥) كتاب البيوع، باب في المطل ، و«سنن الترمذي» ٣/ ٦٠٠،

والأمر بالإتباع يستلزم الجواز[(١)].

بيان ما تصح فيه الحوالة، وما يشترط لذلك

قال: (وتصح بالدين دون العين برضا المحيل، والمحتال، والمحال عليه).

أما اختصاصها بالدين؛ فلأن النقل والتحويل من الذمة الذي هو موجبها إنما يتصور في الدين دون العين، فاختص به، وأما اعتبار رضى المحتال؛ فلأن الدين حق، وهو الذي يتقبل به في ذمة المحال عليه، والذمم تتفاوت، فلابد من رضاه، وأما المحال عليه؛ فلأن الدين يلزمه بالحوالة، ولا لزوم بدون الالتزام، وأما المحيل؛ فلأنه الأصيل، ومنه توجد الحوالة[(٢)].

وذكر في «الزيادات»: أن رضاه ليس بشرط؛ لأن المحال عليه يتصرف في نفسه بإلزام الدين، ولا ضرر على المحيل، بل فيه نفعه؛ لأنه لا يرجع عليه إلّا برضاه، وأمره[(٣)].

رقم (١٣٠٨) كتاب البيوع، باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم، و«سنن النسائي» ٧/ ٣١٦، رقم (٤٦٨٨) كتاب البيوع، باب مطل الغني، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٨٠٣، رقم (٢٤٠٣) كتاب الصدقات، باب الحوالة.

(١) «الكتاب» ٢/ ١٦٠، و«الاختيار لتعليل المختار» ٣/ ٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦٠-١٦١، و«المبسوط» ٢٠/ ٥٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٦، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«الاختيار» ٣/ ٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ، و«كشف الحقائق» ٢/ ٦٠-٦١.

(٣) «شرح الزيادات» للعتابي، لوحة ١٦١/ب. ونقل هٰذه المسألة عن «الزيادات» الأفغاني في «كشف الحقائق» ٢/ ٦٠-٦١.

وقوله: (دون العين) من الزوائد.

براءة المحيل من الدين بالحوالة بعد القبول

قال: (وإذا تمت حكمنا ببراءة المحيل).

[جـ/٣٠٨ب] قال زفر: لا يبرأ المحيل من الدين بالحوالة بعد القبول؛ اعتبارًا بالكفالة[(١)]؛ لأن كلا من العقدين مشروع؛ للتوثق[(٢)]، ولا ينافي بقاء الدين.

ولنا: أن المعاني الشرعية تبتني على اللفاظ اللغوية علىٰ حسب دلالته الوضعية، والحوالة من التحول والانتقال، فيستحيل بقاء الدين بعد تحوله، والرضا به، بخلاف الكفالة؛ إذ معناها الضم، وهو غير مناف. وأما التوثق[(٣)]؛ ففي اختيار الأملىٰ والأحسن قضاء، وفائدة البراءة: أنه لو مات المحيل لا يأخذ المحال من تركته، ولكن يأخذ كفيلا من الورثة، أو من الغرماء مخافة أن يتوىٰ حقه[(٤)].

---

(١) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/ب، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ، و«كشف الحقائق» ٢/ ٦١.

(٢) في (ج): (للتوثيق) بدل (التوثق).

(٣) في (ج): (التوثيق) بدل (التوثق).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ، و«كشف الحقائق» ٢/ ٦١.

إبراء المحتال المحيلَ من الدين

قال: (فلو أبرأه المحتال يبطله، وأجازه).

[ب/٢٣٨ب] قال أبو يوسف: إذا أبرأ المحتال المحيل عن دينه، يبطل الإبراء[1]؛ لأن الدين -بالحوالة- أنتقل من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه، والإبراء إنما يصح إذا لاقىٰ محل الدين. ولم يلاق؛ فيبطل .

وقال محمد: يصح[1]؛ لأن الدين باقٍ في ذمة المحيل عنده، وإنما أنتقلت عنه المطالبة -لا الدين- إلى المحال عليه، فصادف الإبراء عنده محله[1].

وهٰذِه المسألة منقولة من «شرح الجامع البرهاني»[2]، وإنما

---

(١) «الاختيار» ٢/ ٣-٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٣، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٦٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٤٠.

(٢) «الجامع البرهاني»: لعله «الجامع الصغير في الفروع» لـ"برهان الأئمة: حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري" المولود سنة (٤٨٣)هـ، والمتوفي سنة (٥٣٦) هـ. ولهٰذا الكتاب شروح، منها: «شرح أبي نصر أحمد بن منصور الأسبيجاني» المتوفي سنة (٥٠٠)هـ، و«شرح الإمام بدر الدين عمر بن عبد الكريم الورسكي» المتوفي سنة (٥٩٤)هـ، ولا أدري أي شرح من هذين قصده المؤلف؟ «تاج التراجم» ص١٦١، و«كشف الظنون» ١/ ٥٦٣، و«الفوائد البهية» ص١٤٩، و«مقدمة د/ محيي هلال السرجان علىٰ كتاب شرح أدب القاضي» للخصاف ١/ ٤١-٤٢.
وقد يكون المراد: «شرح العلامة محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري برهان الدين» المولود سنة (٥٥١)هـ، والمتوفي سنة (٦١٦هـ) علىٰ «الجامع الصغير» لمحمد بن الحسن الشيباني، والله أعلم. «ذيل الجواهر المضية» ٢/ ٥٦٠، و«كشف الظنون» ١/ ٥٦٤، و«الفوائد البهية» ص٢٠٥، و«النافع الكبير» ص٥٠، و«هدية العارفين» ٢/ ٤٠٤. وقد نقل هٰذِه المسألة عن «شرح الجامع البرهاني» العيني في «المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٣.

زدتها[١] هاهنا؛ لأن فيها دلالةً علىٰ مذهب محمد في الحوالة، وأنه كمذهب زفر.

الرجوع بالتَّوى في الحوالة

قال: (وثبت الرجوع بالتوىٰ)[٢].

وقال الشافعي: لا يرجع عليه، وإن توىٰ[٣]؛ لأن الحوالة لما تمت، وبرئ المحيل، عما كان في ذمته من الدين، براءةً مطلقةً، ولم[٤] تشتغل[٥] ذمته، من بعد ذلك، إلَّا بسبب جديد[٦].

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: **« إذا مات المحال عليه - مفلسًا، عاد الدين، لا توىٰ في مال آمرئ مسلم »**[٧].

---

(١) في (أ): (أوردتها) بدل (زدتها) لأن هٰذِه المسألة من الزوائد علىٰ «مختصر القدوري» و«منظومة النسفي».

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«الاختيار» ٣/ ٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٧-١٤٨.

(٣) «الأم» ٣/ ٢٢٨، و«مختصر المزني» ص١٠٧، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ١٢٠، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٥٥٧، و«الإقناع» للماوردي ص١٠٧، و«المهذب» ١/ ٣٤٥، و«الوجيز» ١/ ١٨٢، و«فتح العزيز» ١/ ٣٤٤، و«مغني المحتاج» ٢/ ١٩٥-١٩٦.

(٤) في (أ): (لم) بدل (ولم).

(٥) في (ج): (يشتغل) بالياء التحتانية، بدل (تشتغل).

(٦) «الأم» ٣/ ٢٢٨، و«مختصر المزني» ص١٠٧، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٥٥٧-٥٥٨، و«فتح العزيز» ١٠/ ٣٤٤.

(٧) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ٧١، كتاب الحوالة، باب من قال يرجع على المحيل، لا توىٰ علىٰ مال مسلم. موقوفًا علىٰ عثمان بن عفان ﷺ، وفي «السنن

ولأن الحوالة: نقل المطالبة من ذمة إلىٰ أخرىٰ، وإقامة هٰذِه مقام تلك، فكان الإبراء مقيدًا بوصف السلامة؛ إذ هو المقصود؛ ولأن الحوالة تنفسخ بفوات حقه، وهي مما يحتمل الفسخ؛ فصار كالمبيع العين، إذا هلك قبل القبض[1].

أنواع التَّوى في الحوالة

قال: (وهو بأن يجحدها ويحلف، ولا بينة[2]، أو يموت[3] مفلسًا، قالا: وبا الحكم به في حياته).

الصغرىٰ» ٢/ ٣٠٤، رقم (٢٠٩٣) كتاب البيوع، باب الحوالة ، وقال: (منقطع؛ أبو إياس معاوية بن قُرّة لم يدرك عثمان بن عفان، ولا أدرك زمانه ... وقد أشار الشافعي ﷺ إلىٰ تضعيف الحديث بما ذكرناه).

وقد قواه ابن التركماني في «الجوهر النقي» ٦/ ٧١، وقال: (ذكر ابن عساكر أن له رؤية، وحكىٰ عن ابن سعد: أنه عده من الطبقة الثانية، وحكىٰ عن خليفة، وغيره: أنه توفي سنة ثلاث عشرة ومائة، وعن يحيىٰ وغيره: أنه بلغ ستًا وتسيعن سنة؛ فعلىٰ هٰذا يكون مولده سنة سبع عشرة، فكيف لم يكن في زمن عثمان؟).

وقد ذكر ابن حزم في «المحلىٰ» ٦/ ٣٩٣-٣٩٤، رواية عثمان ﷺ، وكذا عن علي ﷺ أنه قال في الذي أحيل: (لا يرجع علىٰ صاحبه، إلَّا أن يفلس، أو يموت). ثم ذكر ابن حزم رواية عن علي بن أبي طالب ﷺ خلاف الرواية عن عثمان ﷺ، وخلاف ما ذكره عن علي بن أبي طالب، وقال: (إذا اختلف السلف فليس بعض ما روي عنهم بأولىٰ من بعض).

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨، و«الهداية» ٣/ ٩٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٧-١٤٨.

(٢) في (ج): زيادة (عليه) بعد قوله: (ولا بينة).

(٣) في (ج): (مات) بدل (يموت).

المحال عليه إذا جحد الحوالة وحلف، ولا بينة عليه، أو مات مفلسًا حتىٰ توىٰ حق المحال، رجع على المحيل؛ لأنه عجز عن آستيفاء حقه[(١)].
ولو أفلس المحال عليه، وحكم الحاكم بإفلاسه -حال حياته؛ قال أبو حنيفة ﷺ: لا يعود الدين على المحيل[(٢)]. وقالا: يعود[(٣)]؛ لأنه بالإفلاس تحقق عجزه عن آستيفاء حقه، كما لو عجز؛ بموته مفلسًا.

وله: أن الإفلاس لا يتحقق ما دام حيًا؛ لأنه لا يقع اليأس من رجوع المال إليه، فإنه غادٍ، ورائح، فإذا لم يتحقق الإفلاس عنده، لم يثبت العجز عن آستيفاء حقه، فلا يرجع[(٤)]، وإنما بنى الأمرين السابقين على الجملة الإسمية، وإن لم يكن فيها خلاف، وإنما الخلاف في الأمر الثالث، وهو حكم الحاكم بالإفلاس؛ لأن أبا حنيفة يثبت التَّوىٰ بأحد ذينك الأمرين، لا غير، وهما يثبتانه بهما وبغيرهما [جـ/٣٠٩ا] فالخلاف[(٥)] في الأقتصار عليهما، وعدم الأقتصار، سوَّغ بناءها على الجملة الإسمية؛ وليظهر أن ذلك قول الإمام.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٠٢-١٠٣، و«الكتاب» ٢/ ١٦١، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٨، و«الهداية» ٣/ ١٠٠، و«الاختيار» ٣/ ٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٧٢، و«كشف الحقائق» ٢/ ٦١.
(٢) ينظر المراجع السابقة.
(٣) ينظر المراجع السابقة.
(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨، و«الهداية» ٣/ ١٠٠، و«الاختيار» ٣/ ٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/أ، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٧٢.
(٥) في (ج): (بخلاف) بدل (فالخلاف).

موت المحيل، مديونًا، قبل أداء المحال عليه

قال: (وإذا مات المحيل مديونًا ، قبل أداء المحال عليه ، قسمنا المحال به بين الغرماء ، ولم ينفرد به المحتال).

إذا مات المحيل[١] ، قبل أن يؤدي المحال عليه إلى المحتال المال[٢] المحال به ، وعلى المحيل ديون ، فعندنا : يشارك المحال[٣] [أ/٢٠٣] باقي الغرماء ، ويقتسمون المال المحال به بينهم ، علىٰ قدر حصصهم[٤][٥]. وقال زفر : المحال أحق به من سائر الغرماء ؛ لأنه ملكه بالحوالة[٦].

ولنا : أن الحوالة : تمليك[٧] الدين من غير من عليه الدين ، فلا يملك إلَّا بعد القبض ، فإذا مات المحيل ، قبل أداء المحال[٨] عليه ، فهو باقٍ علىٰ ملك المحيل ؛ فيشترك فيه الغرماء[٩].

---

(١) لفظ : (المحيل) غير موجود في (ج).

(٢) لفظ : (المال) غير موجود في (ج).

(٣) في (ج) : (المحيل) بدل (المحال).

(٤) في (ب ، ج) : (حصتهم) بدل (حصصهم).

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٧١ ، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/أ ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧ ، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٤ ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك ، لوحة ١٦٥/أ ، ب ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٩ ، و«منحة الخالق» ٦/ ٢٧٤.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) في (أ) : (تملك) بدل (تمليك).

(٨) في (أ) : (المحتال) بدل (المحال).

(٩) «المبسوط» ٢٠/ ٧١ ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧ ، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٤ ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك ، لوحة ١٦٥/ب ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٩.

ظهور عيب في المبيع، وقد أحال البائع غريمًا له على المشتري بالثمن

قال: (ولو أحال البائع غريمًا له على المشتري بالثمن، ثم رد المبيع بعيب، حكمنا ببقائها).

رجل باع عبدًا من آخر، ثم أحال غريمًا له على المشتري بالثمن، ثم إن المشتري وجد في المبيع عيبًا، فرده علىٰ بائعه.

قال زفر: بطلت الحوالة[(١)]؛ لأنها مقيدة[(٢)] بالثمن، ولما رد[(٣)] بالعيب ٱنفسخ البيع، فبطل الثمن المحال به؛ فتبطل الحوالة، كما لو ٱستحق المبيع، أو وجد العبد حرًا.

وعندنا: الحوالة صحيحة ولا تبطل، وللمحتال أن يطالب المشتري بمال الحوالة[(٤)]؛ لأن الحوالة، وإن كانت بالثمن، إلَّا أن الثمن كان واجبًا- وقت الحوالة؛ فصحت[(٥)]، وبالرد لم يتبين أنه لم يكن واجبًا، بل سقط بالانفساخ، بعد ثبوته ووجوبه، وذلك مختص بالمتعاقدين؛ فلا يظهر في حق الغريم المحال عليه[(٦)]، بخلاف الأستحقاق، وظهور

(١) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٣.
(٢) في (ج): (مقيد) بدل (مقيدة).
(٣) في (أ): (رده) بدل (رد).
(٤) «منظومة النسفي» لوحة ١٠٤/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٣.
(٥) حرف الواو غير موجود في (ج).
(٦) لفظ: (عليه) غير موجود في (ب، ج).

الحرية في العبد المبيع[١]؛ لأنه ظهر بذلك أن الثمن لم يكن ثابتًا- حينئذ؛ فلم تقع الحوالة صحيحة[٢].

القول قول المحال عليه، عند مطالبته المحيلَ بمثل ما أحال به

قال: (وإذا طالب المحال عليه المحيل، فقال: [ب/١٢٣٩] إنما أحلت بدين لي عليك، لم يقبل).

إذا طالب المحال عليه المحيل، بمثل ما أحال به، فقال المحيل: إنما أحلت بدين لي عليك، ولا رجوع لك عليَّ، لم يقبل منه؛ لأن سبب الرجوع عليه قد تحقق، وهو قضاء دينه، بأمره، فيرجع عليه بمثله، والإقرار بالحوالة لا يستلزم الإقرار بالدين؛ لوجودها بدونه[٣]، ثم المحيل يدعي دينًا على المحال عليه، وهو ينكر، والقول قول المنكر[٤].

---

(١) لفظ: (المبيع) غير موجود في (أ).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٣.

(٣) في (ج): (بوجوده) بدل (بدونه).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٦١، و«المبسوط» ٢٠/ ٥٣، و«الهداية» ٣/ ١٠٠، و«الاختيار» ٣/ ٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٧٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٩.

القول قول المحيل، عند مطالبته المحالَ بمال الحوالة

قال: (أو[١] المحيل المحتال بمال الحوالة، فقال: إنما أحلتني بدين لي عليك، لم يقبل).

إذا قال المحيل للمحتال: إنما أحلتك؛ لتقبض لي، وطالبه بمال الحوالة، فقال المحتال: بل أحلتني بدين لي عليك، لم يسمع، والقول قول المحيل؛ لأن المحتال يدعي على المحيل الدين، وهو ينكر، والقول قول المنكر، ولفظ الحوالة يستعمل[٢] في الوكالة؛ فلم يكن الدين من ضروراتها[٣].

---

(١) في (أ): (ولو طالب) بدل (أو).

(٢) في (أ): (مستعملة) بدل (يستعمل).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٦١-١٦٢، و«المبسوط» ٢٠/ ٥٧، و«الهداية» ٣/ ١٠٠، و«الاختيار» ٣/ ٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ب، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٧٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٩-١٥٠.

كراهية القرض الذي يستفاد منه أمن خطر الطريق

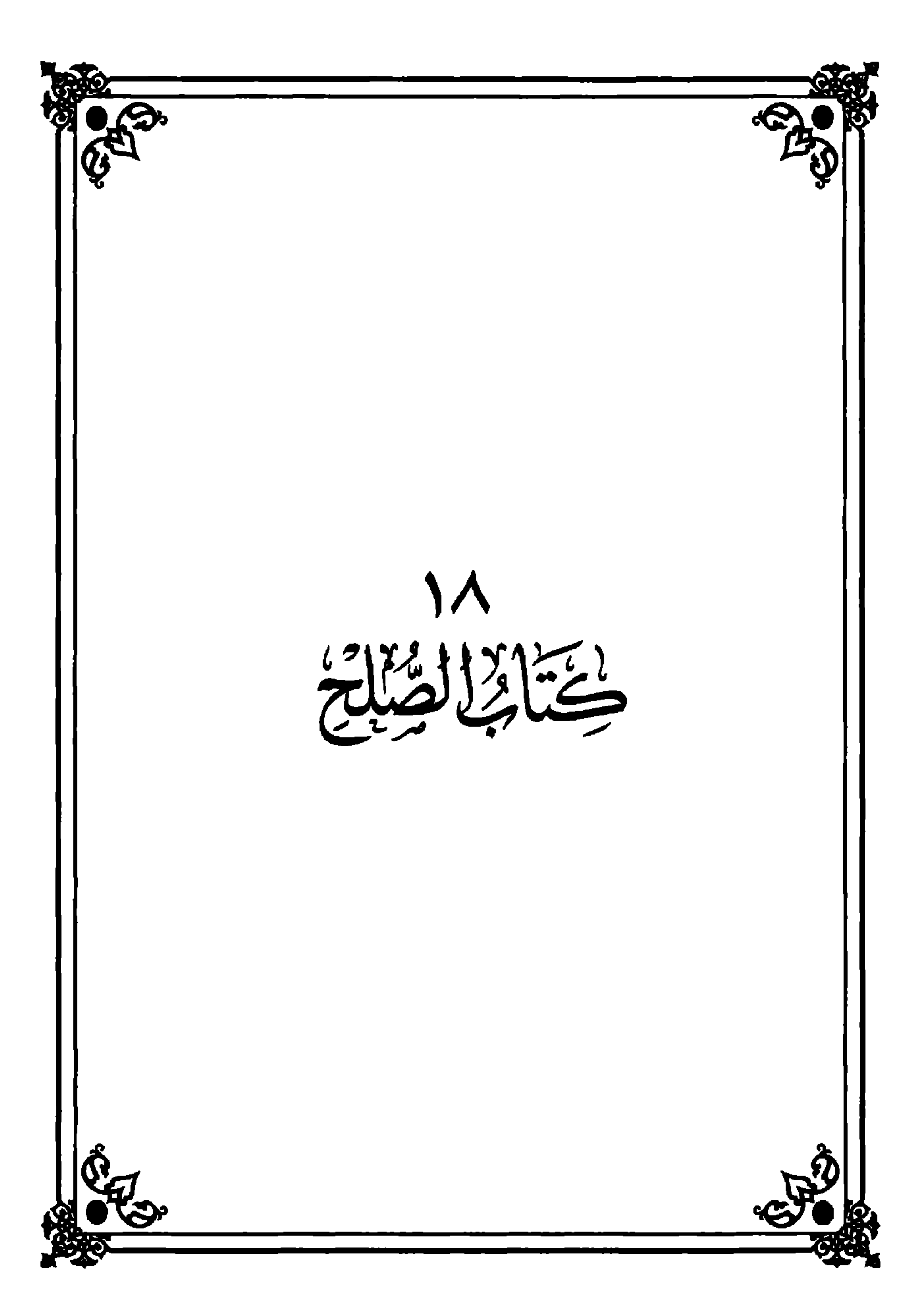
قال: (ويكره قرض يستفاد به [ج/٣٠٩ب] أمن الطريق).

لأنه ﷺ نهىٰ عن قرضٍ يجرُّ نفعًا[1]، وهٰذا نوع منفعة يستفاد منه؛ فيكره[2].

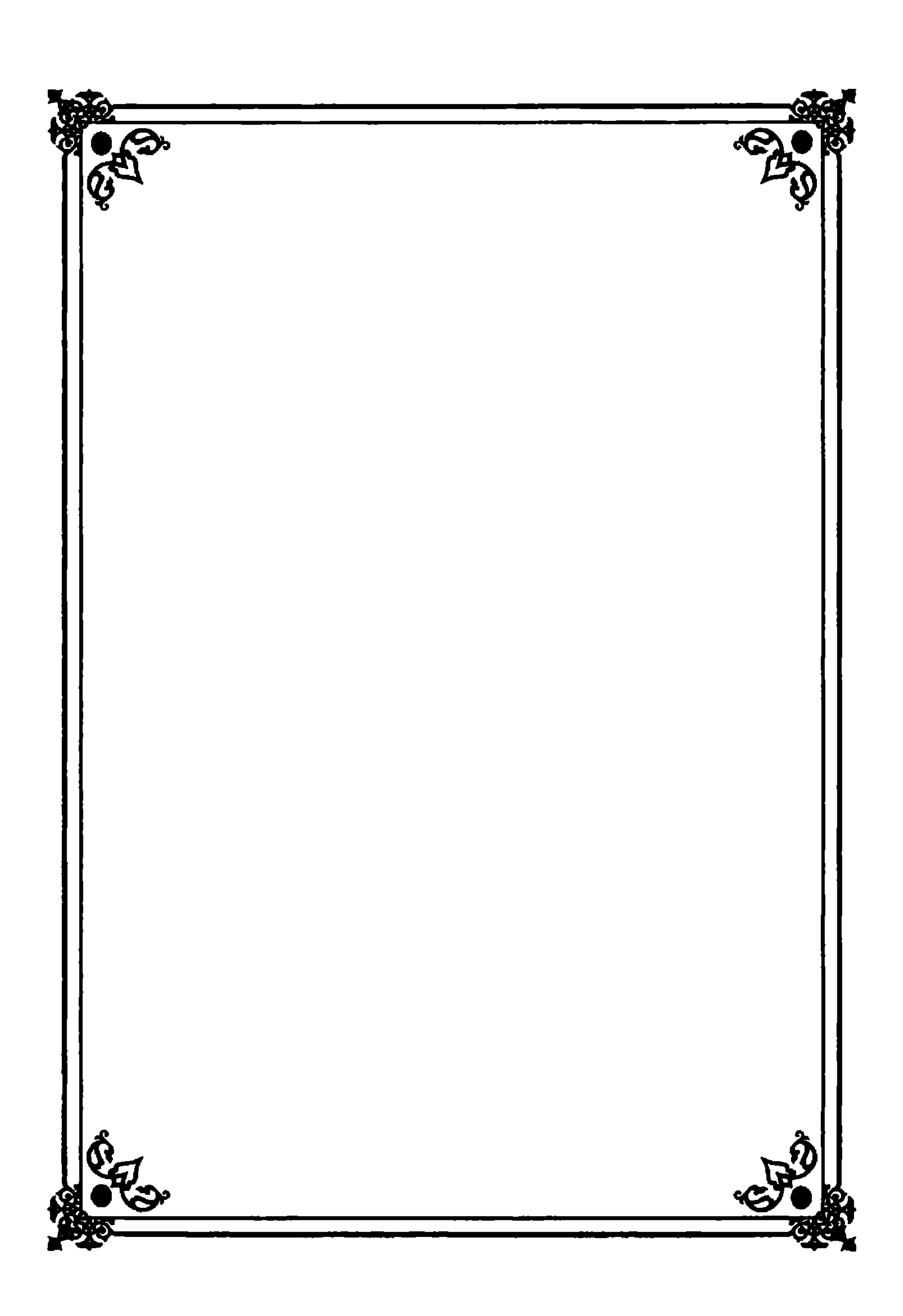
---

(١) «مصنف عبد الرزاق» ٨/ ١٤٥، رقم (١٤٦٥٧، ١٤٦٥٩) كتاب البيوع، باب قرض جرّ منفعة، وهل يأخذ أفضل من قرضه، ، موقوفًا، عن ابن سيرين، وإبراهيم النخعي. و«مصنف ابن أبي شيبة» ٦/ ١٨٠-١٨١، رقم (٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٤) كتاب البيوع والأقضية، باب من كره كل قرضٍ جرّ منفعة ، موقوفًا، عن عطاء، وإبراهيم النخعي، والحسن. و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي٥/ ٣٥٠، كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربًا ، موقوفًا، عن فضالة بن عبيد، وفي معناه موقوفًا، عن ابن مسعود، وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عباس، ﷺ.
و«معرفة السنن والآثار» للبيهقي ٨/ ١٦٩، رقم (١١٥١٧) كتاب البيوع، باب النهي عن بيع وسلف، وعن سلف جر منفعة، موقوفًا، عن فضالة بن عبيد، وفي معناه عن جمع من الصحابة.
قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٤١: (عن سوار بن مصعب، عن عمارة، عن علي، قال: قال رسول الله ﷺ «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً، فَهُوَ رِبًا» وهٰذا منقطع بين عمارة وعلىٰ، وسوار: ضعيف). ا.هـ.
قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ٣/ ٣٤، رقم (١٢٢٧): (قال عمر بن بدر في «المغني»: لم يصح فيه شيء. وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح. وتبعه الغزالي. وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» من حديث علي، باللفظ الأول، وفي إسناده: سوار بن مصعب، وهو متروك) ا.هـ.
وقال العلامة محمد بن إبراهيم ﷺ في «مجموع الفتاوىٰ» ٧/ ١٣٥: (النهي عن سلف جر منفعة -علىٰ فرض عدم صحة رفعه- فهو ثابت عن الصحابة). ا.هـ

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦٢، و«الهداية» ٣/ ١٠٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٥/ب، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣١٠، و«البحر الرائق» ٦/ ٢٧٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٥٠، و«كشف الحقائق» ٢/ ٦١.



١٨
كِتَابُ الصُّلْحِ



كتاب الصلح[١]

تعريف الصلح[٢]، ومشروعيته

الصلح -في الشرع: (عقد يرتفع به التشاجر، والتنازع، بين الخصوم)[٣]؛ لأن التنازع مثار الفساد، والصلح ضده، فكان[٤] فيه رفعه ورفع سببه. وهو مشروع، ومندوب إليه[٥]؛ قال تعالىٰ: ﴿ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾[٦]، وقال تعالىٰ: ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[٧]. وقال عليه الصلاة والسلام: «**كُلُّ صلحٍ جائزٌ بين المسلمين، إلَّا صلحًا أحل حرامًا، أو حرم حلالًا**»[٨].

---

(١) قال الميداني في «اللباب شرح الكتاب» ٢/ ١٦٢: (وجه المناسبة لما قبله هو: أنَّ في كلٍ من الوكالة، والكفالة، والحوالة، مساعدةً؛ لقضاء الحاجة، وكذا الصلح؛ فتناسبا).

(٢) الصلح- لغةً: اسم من المصالحة، وهي: المسالمة بعد المنازعة، والصلاح: ضد الفساد، يقال: صلح الشيء، إذا زال عنه الفساد. «الصحاح» ١/ ٣٨٣، مادة (صلح) و«طلبة الطلبة» ص٢٩٢، و«لسان العرب» ٢/ ٤٦٢، مادة (صلح) و«المصباح المنير» ١/ ٣٤٥، مادة (صلح) و«التعريفات» ص١٧٤، و«أنيس الفقهاء» ص٢٤٥.

(٣) «التعريفات» ص١٧٤، و«الحدود والأحكام الفقهية» ص٨٩، و«أنيس الفقهاء» ص٢٤٥، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٤٦٠.

(٤) في (أ)، (ج): (وكان) بدل (فكان).

(٥) «الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٧، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٢.

(٦) سورة الحجرات، آية: ٩.

(٧) سورة النساء، آية: ١٢٨.

(٨) «سنن أبي داود» ٣/ ٣٠٤، رقم (٣٥٩٤) كتاب الأقضية، باب في الصلح، و«سنن الترمذي» ٣/ ٦٣٤-٦٣٥، رقم (١٣٥٢) كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله

وعن عمر رضي الله عنه: (ردوا الخصوم كي يصطلحوا)[1].

ووجه الندبية: وضع الشريعة علىٰ رفع مثار الفتن والتنازع، وإصلاح ذات البين؛ لبقاء نظام العالم، وحصول التراضي بين الخصمين يقطع الخصومة، علىٰ ما يراه بينهما أفضىٰ إلىٰ ذلك؛ فيندب إليه[2].

ﷺ في الصلح بين الناس ، وقال: حسن صحيح. و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٨٨، رقم ٢٣٥٣، كتاب الأحكام، باب الصلح ، و«مسند أحمد» ٢/ ٣٦٦، و«سنن الدارقطني» ٣/ ٢٧، رقم ٩٨، كتاب البيوع.

قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ٥٤: (رواه أبو داود، بإسناد حسن).

وقال ابن الملقن في «تحفة المحتاج» ٢/ ٢٦٤: (في إسناده: كثير بن زيد الأسلمي، وهو مختلف فيه، وابن حبان وثقه).

وقال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» ٢/ ١٨٠: (صححه ابن حبان والحاكم).

وقال السيوطي في «الجامع الصغير» ٤/ ٢٤٠: (صحيح).

وقال الشوكاني في «نيل الأوطار»٥/ ٣٥٢: (لا يخفىٰ أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي أجتمعن عليه حسنًا).

(١) «مصنف ابن أبي شيبة» ٧/ ٢١٣-٢١٤، رقم (٢٩٣٨) كتاب البيوع والأقضية، باب في الصلح بين الخصوم، و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي٦/ ٦٦، كتاب الصلح، باب ما جاء في التحلل وما يحتج به من أجاز الصلح على الإنكار ، وقال البيهقي: (هٰذِه الروايات، عن عمر رضي الله عنه، منقطعة).

قال ابن حزم في «المحلىٰ» ٦/ ٤٦٩: (هٰذا لا يصح عن عمر- أصلًا؛ لأننا إنما رويناه من طريق محارب بن دثار، عن عمر، وعمر لم يدركه محارب، ومحارب ثقة؛ فهو مرسل).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٧، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٢.

أنواع الصلح الثلاثة، وحكم كل منها

قال: (ويجوز مع الإقرار، ونجيزه مع السكوت والإنكار).

أما الصلح مع الإقرار: فجائز، بغير خلاف[١]؛ لما تَلَوْنا وروينا. وأما مع السكوت، وهو: أن لا يقر المدعىٰ عليه، ولا ينكر، ومع الإنكار، ففيه خلاف: الشافعي، هو[٢] يقول[٣]: صلح أحل حرامًا، وحرم[٤] حلالًا؛ فلا يصح[٥]؛ للاستثناء في الحديث، وهٰذا؛ لأن البدل حرام عليه أخذه قبل الصلح، وقد حكمتم بحله، وللمنكر الٱمتناع قبل الصلح عن دفعه إليه، وبعده لا يحل؛ ولأنه شبيه الرِشْوَة[٦]؛ من حيث

(١) «مختصر الطحاوي» ص٩٨، و«الكتاب» ٢/ ١٦٣، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٤٩، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«المدونة» ٣/ ٣٤٥-٣٦٠، و«التفريع» ٢/ ٢٨٩، و«المعونة» ٢/ ١١٩١، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٤٥١، و«الجواهر الثمينة» ٢/ ٦٣٨، و«الأم» ٣/ ٢٢١، و«الإقناع» للماوردي ص١٠٦، و«التنبيه» ص١٠٤، و«المهذب» ١/ ٣٤٠، و«الوجيز» ١/ ١٧٨، و«المغني» ٤/ ٥٣٤، و«الفروع» ٤/ ٢٦٤، و«المبدع» ٤/ ٢٨٢، و«الإنصاف» ٥/ ٢٣٥، و«مطالب أولي النهىٰ» ٣/ ٣٣٤.

(٢) في (أ): (وهو) بزيادة الواو.

(٣) في (أ): زيادة: (كل) بعد قوله: (يقول).

(٤) في (أ): (أو حرم) بدل (وحرم).

(٥) «الأم» ٣/ ٢٢١، و«مختصر المزني» ص١٠٥-١٠٦، و«الإقناع» للماوردي ص١٠٦، و«التنبيه» ص١٠٤، و«المهذب» ١/ ٣٤٠، و«الوجيز» ١/ ١٧٨، و«حلية العلماء» ٥/ ٩، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٩٨، و«المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ٢/ ١٧٩-١٨٠، و«كفاية الأخيار» ٢/ ٢٦١.

(٦) الرِشْوَةُ: ما يعطىٰ؛ لإبطال حق، أو لإحقاق باطل، أو ما يأخذه المرشو؛ ليميل مع الراشي. «النهاية» ٢/ ٢٢٦، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٣٩٩، و«المصباح المنير» ١/ ٢٢٨، مادة «الرشوة» و«التعريفات» ص١٤٨، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٣٦٥.

التزام دفع المال إليه؛ ليترك خصومته الباطلة، والرشوة حرامٌ[(١)].

ولنا: ما تلونا وروينا.

ومعنىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «**أحل حرامًا وحرم حلالًا**» أي: لعينه، كما إذا صالح[(٢)] علىٰ ترك وطء الضرة[(٣)]، أو علىٰ أن لا يتصرف في بدل الصلح، أو أن يجعل عوض الصلح خمرًا أو خنزيرًا، والإحلال محمول على اقتضاء الحل، من حيث الاشتراط، وإن كان مجازًا، فهو متعين[(٤)]- هاهنا؛ لأنه لو أفاد الحل، حقيقةً، كان الصلح صحيحًا. وأما البدل، فلم يكن حرامًا الأخذُ قبله ولا بعده؛ لأن الحرام أخذه بغير رضا المالك، لا مطلقًا؛ ألا ترىٰ أنه لو قال لامرأته: أنت عليَّ كمال غيري، ينوي به الطلاق، لم يقع، بخلاف ما لو قال: كالخمر، أو نقول: معنىٰ قوله: (حلالًا وحرامًا)؛ الحرام والحلال الذي لا يجوز أن ينقلب إلىٰ ضده بعقد الصلح؛ فإن الحلال الذي يجوز أن يحرم بالعقد، والحرام الذي يجوز أن يحل بالعقد، خرجا عن الإرادة- إجماعًا؛ كما[(٥)] في فصل الإقرار؛ فإن التصرف في بدل الصلح حلال للمدعىٰ عليه، قبل الصلح، والدار المدعىٰ بها حلال للمدعي، حرام

(١) تنظر أدلة الشافعية: «المهذب» ١/ ٣٤٠، و«فتح العزيز شرح الوجيز» ١٠/ ٣٠٢، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٩٨، و«مغني المحتاج» ٢/ ١٨٠.

(٢) في (ج): (صلح) بدل (صالح).

(٣) الضَرَّةُ: ضرة المرأة: امرأة زوجها، والجمع (ضرات). «مختار الصحاح» ص٣٧٩، مادة (ضرر) و«المصباح المنير» ٢/ ٣٦٠، مادة (ضر) و«القاموس المحيط» ص٣٨٧، مادة (ضرر) و«معجم لغة الفقهاء» ص٢٥٤، مادة (ضرة).

(٤) في (ج): (المتعين) بدل (متعين).

(٥) لفظ: (كما) غير موجود في (أ، ج).

على المدعىٰ عليه، المقر بكونها للمدعي، والصلح قلب ذلك؛ فتعين أن المراد بهما في الحديث: ما لا يجوز أن ينقلب بالعقد إلىٰ [ب/٢٣٩ب] الضد؛ فتعين دخوله في صَدْر الكلام، دون المستثنىٰ؛ و[1] لأنه صلح بعد دعوىٰ صحيحة؛ لأن المدعي يأخذ البدل [أ/٢٠٣ب] عوضًا عن حقه- في زعمه، وأنه مشروع، والمنكر يدفع البدل؛ لدفع الخصومة عن نفسه، وهو مشروع؛ لأن المال [جـ/٣١٠أ] وقاية للنفس، ودفع الرشوة؛ لدفع الظلم، جائزٌ[2].

الصلح مع الإقرار،

بمال عن مال، أو بمال عن منفعة، أو العكس

قال: (فإن وقع عن إقرار، بمال عن مال، اُعتبر بالبيع، أو عن مال بمنافع، فبالإجارة).

إذا وقع الصلح عن إقرار، ووقع[3] بمال عن مال، اُعتبر بالبيع. وإن وقع بمال عن منفعة، أو عن منفعة بمال، اُعتبر بالإجارة. وهٰذا؛ لأن الاَعتبار في العقود للمعاني، ومعنى البيع حاصل[4] في الأول؛ لوقوع مبادلة المال بالمال، في حق المتصالحين، بتراضيهما، فيترتب علىٰ ذلك الشفعة في العقار، وجواز الرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية،

---

(١) في (جـ): (أو) بدل (و).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٠-٣١، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٨، و«المغني» ٤/ ٥٢٨-٥٢٩.

(٣) في (ب): (وقع) بدل (ووقع).

(٤) في (جـ): (الحامل) بدل (حاصل).

وخيار الشرط، ويشترط القدرة علىٰ تسليم البدل، وتفسده الجهالة فيه، دون المصالح عنه؛ لأن المنازعة تقع في البدل، دون المصالح عنه؛ لسقوطه بالصلح.

وأما في الثاني، فكذلك؛ لأن معنى الإجارة حاصلٌ فيه، وهو وقوع المال في مقابلة المنفعة؛ فيشترط العلم بالمدة، ويبطل الصلح؛ بموت أحدهما[1] في المدة؛ لأنها إجارة - معنىٰ[2].

استحقاق بعض المصالح عنه، أو المصالح عليه، أو جميعها، في الصلح على إقرار

قال: (وإن اُسْتُحِقَّ فيه بعض المصالح عنه، رَدَّ حصته من العوض، وإن اُستحق الجميع، فالجميع، أو كل المصالح عليه، رجع بكل المصالح عنه، أو بعضه، فببعضه).

لأن الصلح عن الإقرار بيع - معنىٰ؛ لوقوع المعاوضة عن الرضا من الطرفين، وحكم الاُستحقاق في البيع هٰذا[3].

---

(١) قوله: (بالمدة، ويبطل الصلح؛ بموت أحدهما) غير موجود في (جـ).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦٣، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٥٠-٢٥١، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣١-٣٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٨.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٩٣، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٢، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٨-٣٠٩.

وقوله: (وإن ٱستحق الجميع).

إلىٰ أخره من الزوائد.

حقيقة الصلح مع السكوت والإنكار

قال: (وإن وقع، عن سكوت أو إنكار[١]، كان معاوضة في حق المدعي[٢]؛ ولافتداء اليمين، وقطع الخصومة، في حق المدعىٰ عليه).

أما في حق المدعي[٣]: فلأنه يأخذه[٤] عوضًا عن ماله- فيما يزعم، وأن دعواه حقه. وأما المدعىٰ عليه: فمن زعمه أن لا حق للمدعي[٥]، وأنه مبطلٌ في دعواه، وإنما دفع المال؛ لئلا يحلف، ولتنقطع فيما بينهما الخصومة، وعقد الصلح -وإن كان واحدًا- فيجوز أن يختلف حكمه بالنظر إليهما، كما يختلف حكم الإقالة في حقهما، وثالث غيرهما؛ فإنه فسخ في حقهما، بيع في حق ثالث، وهو الشفيع، حتىٰ[٦] كان له المطالبة بالشفعة. واختلاف حكم عقد الصلح، في فصل الإنكار، ظاهر، كما بيناه.

---

(١) في (ج): (وإنكار) بدل (أو إنكار).

(٢) في (ج): (المدعىٰ عليه) بدل (المدعي).

(٣) من قوله: (ولافتداء اليمين...) إلىٰ قوله: (أما في حق المدعي) غير موجود في (ج).

(٤) في (ج): (يأخذ) بدل (يأخذه).

(٥) في (أ، ج): زيادة: (عليه) بعد قوله (للمدعي).

(٦) لفظ: (حتىٰ) غير موجود في (ج).

وفي السكوت -وإن لم يكن تصريحًا بالإنكار، ولا بالإقرار- إلَّا أنه لا يثبت كونه عوضًا بالشك؛ لقيام الاحتمال[1].

الشفعة في الدار التي صالح عنها، أو عليها

قال: (فإن صالح عن دار، لم تجب فيها شفعة، أو صالح عليها، وجبت).

معناه: إذا كان عن إنكار أو سكوت؛ لأنه يأخذها علىٰ أصل حقه، ويدفع المال دفعًا؛ لخصومة المدعي، وزعمه، لا يلزمه[2]، بخلاف ما إذا صالح علىٰ دار؛ حيث تجب فيها

الشفعة؛ لأن المدعي يأخذها؛ عوضًا عن المال، معاوضة، فتلزمه الشفعة بإقراره، وإن كان المدعي عليه يكذبه[3][4].

(١) «الكتاب» ٢/ ١٦٣-١٦٤، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٢٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٩.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٠١، و«الكتاب» ٢/ ١٦٤، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٠٩-٣١٠.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) هٰذِه المسألة بكاملها غير موجودة في (أ، ب).

استحقاق المصالح عليه، أو بعضه، في السكوت والإنكار

قال: (وإن ٱستحق فيه المصالح عليه، رجع إلى الدعوىٰ في كله، أو بعضه، ففي بعضه).

وهٰذا؛ لأنه لم يترك دعواه إلَّا ليسلم له المصالح عليه[1]، فإذا ٱستحق، ولم يسلم له، رجع إلىٰ دعواه فيه؛ لأنه هو المُبدل[2]، وهٰذِه من الزوائد.

استحقاق المصالح عنه، أو بعضه، في السكوت والإنكار

قال: (أو المصالح عنه، رد العوض ورجع بالخصومة، أو بعضه، رد حصته ورجع بالخصومة فيه).

لأن المدعىٰ عليه إنما بذل العوض؛ ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الٱستحقاق، تبين أنه لا خصومة له، معه، فيبقى العوض في يده خاليًا [جـ/٣١٠ب] عن غرضه، وهو دفع الخصومة فيسترده، وكذلك إذا ٱستحق البعض، ردّ حصة ذلك البعض[3]، ورجع بالخصومة فيه؛ لأنه خلا العوض في القدر المستحق[4] عن العوض.

---

(١) من قوله: (رجع إلى الدعوىٰ في كله...) إلىٰ قوله: (إلا ليسلم له المصالح عليه) غير موجود في (جـ).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٩٣، و«الاختيار» ٣/ ٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٠.

(٣) لفظ: (البعض) غير موجود في (ب).

(٤) في (جـ): (استحق) بدل (المستحق).

وهلاك البدل، قبل التسليم، في الفصلين، كالاستحقاق فيهما[١].

الصلح عن مجهول، أو على مجهول

قال: (ويجوز عن مجهول، ولا يصح إلَّا علىٰ معلوم، فلو آستحق بعض دار، صولح عن بعضها مجهولًا، لم يرد شيئًا من العوض).

أما جواز الصلح عن المجهول؛ فلأنه إسقاط، فلا تقع فيه[٢] المنازعة.

وأما آشتراط العلم، في مقدار المصالح عليه؛ فلأنه تمليك، فيفضي إلى المنازعة.

فعلىٰ هٰذا: الصلح علىٰ أربعة أوجه: عن مجهول علىٰ معلوم، وعن معلوم علىٰ معلوم، وهما صحيحان؛ لما بينا[٣].

وعن مجهول علىٰ مجهول، وعن معلوم علىٰ مجهول، وهما فاسدان[٤].

والضابط: كلُّ ما يحتاج [ب/٢٤٠أ] فيه إلى القبض لابد أن يكون معلومًا؛ تحرزًا عن وقوع النزاع بالجهالة فيه، وما لا يحتاج إلىٰ قبضه،

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٠١، و«الكتاب» ٢/ ١٦٤، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«الاختيار» ٣/ ٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٠.

(٢) لفظ: (فيه) غير موجود في (ج).

(٣) لفظ: (لما بينا) غير موجود في (أ).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١١.

يكون إسقاطًا، لا يحتاج إلى العلم به؛ لأنه غير مُفضٍ إلى المنازعة[١].

وإن ٱدعىٰ حقًا في دار، ولم يبينه، فصولح من ذلك الحق علىٰ شيء معلوم، ثم ٱستحق بعض تلك الدار، لم يرد شيئًا من العوض؛ لأن دعواه يجوز أن تكون في البعض الباقي، بخلاف ما لو ٱستحقت كلها؛ لأنه يَعْرى العوض عن شيء يقابله، فيرجع بكله[٢].

وهٰذِه من الزوائد.

الصلح عن الدار بقطعة معلومة منها

قال: (ولو ٱدعىٰ دارًا، فصولح علىٰ بعض منها معلوم، جاز، إن أبرأه عن دعواه في الباقي).

إذا ٱدعىٰ دارًا، فصولح[٣] علىٰ قطعة منها معلومة المقدار، لم يجز؛ لأن المصالح عليه عين حق المدعي، وهو مقيم علىٰ دعواه في الباقي.

والوجه في جوازه: أحد أمرين: ما ذكره في الكتاب: أن يذكر براءته عن الدعوىٰ في الباقي: فيصح، والبراءة عن الأعيان - وإن لم تصح، لٰكن البراءة عن الدعوىٰ فيها تصح[٤]؛ فقلنا بصحته علىٰ هٰذا الوجه؛ قطعًا للمنازعة.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١١.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ١٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«الاختيار» ٣/ ٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٦، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٤-١٦٥.

(٣) في (أ، ب): (فصالح) بدل (فصولح).

(٤) في (ب): (فتصح) بدل (تصح).

والثاني: أن يزيد في بدل الصلح درهمًا، فيكون عوضًا عن حقه في الباقي[١]. وهٰذِه زائدة[٢].

الصلح عن الشاة بصوفها

قال: (أو شاة، فصولح علىٰ صوفها، يَجُزُّهُ[٣] للحال، يُجِيزه[٤]، ومَنَعَهُ[٥]، والمنع رواية)[٦].

لأبي يوسف: أنه إذا أخذ بعض حقه - في زعمه، وترك[٧] الباقي، والمصالَحُ عليه معلومٌ ظاهرٌ، بخلاف ما لو صالح علىٰ لبنها، أو ولدها الذي في بطنها، فإنه مجهول مكتوم.

ولهما: [٢٠٤/أ] الاعتبار بالبيع[٨]، وبما لو صالحه علىٰ صوف شاة

(١) «المبسوط» ٢٠/ ١٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٣-١٩٤، و«الاختيار» ٣/ ٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ أ، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٠.

(٢) في (ج): (زائد) بدل (زائدة).

(٣) يَجُزُّه: الجَزُّ: هو القطع، يقال: جززت الصوف جزًا، قطعته. والجزة: صوف شاة في السنة، يقال: أقرض جزَّة أو جزَّتين؛ فيعيطه صوف شاة أو شاتين.
«الصحاح» ٣/ ٨٦٨، مادة (جزز) و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٢٣٣، و«لسان العرب» ١/ ٤٥٣-٤٥٤، مادة (جزز) و«المصباح المنير» ١/ ٩٩، مادة (جزز).

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ١٦٦، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك ، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٦.

(٧) في (أ ، ج): (فترك) بدل (وترك).

(٨) في (ب): (المبيع) بدل (البيع).

أخرىٰ، علىٰ أن يَجُزَّه في الحال، وكونه صلحًا علىٰ بعض المدعىٰ لا يوجب جواز الصلح، وانقطاع الخصومة؛ كما لو صالحه عن دار علىٰ نصفها، أو ربعها ، لم يَجُزْ، حتىٰ كان له أن يدعي عليه باقيها[1]، كما بينا آنفًا[2].

وقوله: (المنع رواية) من الزوائد.

تعليق الصلح، وإضافته

قال: (ولا يجوز تعليق الصلح، ولا إضافته).

كما إذا قال: صالحتك علىٰ كذا غدًا، أو: إذا جاء غدٌ، فقد صالحتك علىٰ كذا؛ لأن تعليق التمليكات وإضافتها باطل[3]. [جـ/٣١١أ]

وهٰذا من الزوائد.

تعليق التحكيم

قال: (ولو قال: أنت الحكم بيننا غدًا، أو إن أسلمت يمنعه، وأجازه).

قال أبو يوسف رحمه الله: إذا قال لذمي: إن أسلمت، فأنت الحكم

---

(١) «المبسوط» ٢٠/١٦٦-١٦٧، و«وشرح مجمع البحرين» لابن ملك ، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٦.

(٢) ينظر صحيفة ص١٩١٢.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٦-٤١٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٥.

بيننا، أو قال لمسلم: إذا جاء غدًا، فأنت الحكم بيينا[١]، لم يجز[٢]؛ لأن التحكيم[٣] من باب المصالحة، وتعليق المصالحة لا يجوز، فكذلك[٤] التحكيم.

وقال محمد ﷺ: يجوز[٥]؛ لأنه تفويض، وهو في معنى الوكالة، والوكالة تصحُّ إضافتها وتعليقها، وهٰذا الحَكَم نائب عن الله ﷻ، إلَّا أن حكمه لا ينفذ؛ لقيام المانع، وهو عدم الولاية؛ لأن الأصل: أن لا ولاية للإنسان علىٰ مثله؛ فكان التحكيم دفعًا[٦] للمانع، كالتوكيل بالتصرف[٧].

---

(١) من قوله: (أو قال لمسلم ..) إلىٰ قوله: (الحكم بيننا) غير موجود في (أ).

(٢) «منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع) ورقة ٤١٧.

(٣) التحكيم: عبارة عن تصيير غيره حاكمًا، فيكون الحكم في حق ما بين الخصمين، كالقاضي في حق كافة الناس. تقول: حكَّمْته في مالي، إذا جعلت إليه الحكم فيه، وفوضته فيه.
«الصحاح» ٥/ ١٩٠٢، مادة (حكم) و«طلبة الطلبة» ص٢٩٥، و«المصباح المنير» ١/ ١٤٥، مادة (حكم) و«أنيس الفقهاء» ص٢٣٢-٢٣٣.

(٤) في (أ): (فكذا) بدل (فكذلك).

(٥) «منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٧.

(٦) في (ج): (رفعًا) بدل (دفعًا).

(٧) ينظر المراجع السابقة.

الصلح من دعوى المال، والمنفعة، وجناية العمد، والخطأ في النفس، وما دونها، والحدّ

قال: (ويجوز من دعوىٰ مال، ومنفعة، وجناية عمدٍ، وخطأ في النفس، وما دونها، لا حدّ).

أما جواز الصلح، من[١] دعوى الأموال: فلأنه في معنى البيع، علىٰ ما تقرر[٢]. وأما من[٣] دعوى المنافع: فلأنه في معنى الإجارة، وكما تملك المنفعة بعقد الإجارة، فكذا[٤] تملك بعقد الصلح[٥]. وأما جواز الصلح عن جناية العمد: فلقوله تعالىٰ: ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾[٦] بعُقَيب ذكر القصاص.

قال ابن عباس ﷺ: (نزلت في الصلح عنه)[٧] والمعنىٰ: فمن عفي له

---

(١) في (أ): (عن) بدل (من).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦٥، و«الهداية» ٣/ ١٩٤، و«الاختيار» ٣/ ٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٦-٣٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١١.

(٣) لفظ: (من) غير موجود في (ج)، وفي (أ): (عن).

(٤) في (أ): (فكذلك) بدل (فكذا).

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) سورة البقرة، آية: (١٧٨).

(٧) أخرج البخاري في «صحيحه» ٥/ ١٥٤، كتاب تفسير القرآن ، وعبد الرزاق في «مصنفه» ١٠/ ٨٦، رقم (١٨٤٥٠) كتاب العقول، باب أهل القتيل يقبلون الدية ويأبى القاتل، والنسائي في «سننه» ٨/ ٣٦-٣٧، رقم (٤٧٨١) كتاب القسامة، باب تأويل قوله ﷻ: ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ و«الدارقطني» ٣/ ١٩٩، رقم (٣٤٧) كتاب الحدود والديات ، والبيهقي في «سننه» ١٠/ ٥١، كتاب الجنايات، باب الخيار في القصاص، عن ابن عباس ﷺ قال: (العفو: أن يقبل الدية في العمد).

من دم أخيه شيء -أي: ترك القصاص، ورضي بالمال، فاتباع بالمعروف- أي: يتبع الطالب المطلوب، بما صالحه عليه، أو بالدية، ولا يطالب بأكثر من حقه، ويؤدي المطلوب إلى الطالب ما وجب عليه من المال، من غير مطل.

وهٰذا التفسير منقول عن ابن عباس[(١)] ﵄.

وأما الخطأ: فلأن موجبه المال، فالصلح[(٢)] عنه كالصلح في سائر الديون[(٣)]، إلَّا أنه لا يصح[(٤)] أن[(٥)] يزيد في الصلح علىٰ مقدار الدية؛ لأنه المقدار الشرعي؛ فلا يجوز إبطاله، بخلاف الصلح عن دم العمد؛ حيث يجوز بالزائد علىٰ مقدار[(٦)] الدية؛ لأن القصاص ليس بمال، والصلح عن دم العمد بمنزلة النكاح، حتىٰ إن ما [ب/٢٤٠أ] صلح مهرًا صلح مسمىٰ في الصلح؛ لأن كلًّا منهما مبادلة المال بغير المال، فلو فسدت التسمية -هاهنا- صير إلى الدية؛ لأنها موجب

---

(١) بنحو هٰذا التفسير عن ابن عباس ﵄. ينظر: «صحيح البخاري» ٥/ ١٥٤، كتاب تفسير القرآن، و«مصنف عبد الرزاق» ١٠/ ٨٦، رقم (١٨٤٥٠) كتاب العقول، باب أهل القتيل يقبلون الدية ويأبى القاتل، و«سنن النسائي» ٨/ ٣٧، رقم (٤٧٨١) كتاب القسامة، باب تأويل قوله ﷻ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾، و«سنن البيهقي» ١٠/ ٥٢، كتاب الجنايات، باب الخيار في القصاص، و«مستدرك الحاكم» ٢/ ٢٧٣، كتاب التفسير .

(٢) في (ب): (والصلح) بدل (فالصلح).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٦٥، و«الهداية» ٣/ ١٩٤، و«الاختيار» ٣/ ٦-٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢١٢.

(٤) عبارة: (لا يصح) غير موجودة في (ج).

(٥) في (ج): (لأن) بدل (أن).

(٦) في (أ، ب): (قدر) بدل (مقدار).

الدم[١]. فإن صالحه علىٰ خمرٍ، أو خنزير، سقط القصاص، ولم يجب شيء[٢]، ولو سماها مهرًا، يجب مهر المثل، وكذلك فيما يفسد فيه التسمية. والفرق: أن المال ليس من ضرورات عقد الصلح، فلغا ذكر العوض فيه، بخلاف النكاح؛ لأن مهر المثل هو الموجب الأصلي فيه[٣]، فإذا فسدت التسمية، أو سمىٰ خمرًا، أو خنزيرًا، وجب مهر المثل، الذي هو موجب عقد النكاح، في الأصل[٤]. وأما عدم جواز الصلح عن[٥] دعوىٰ حد: فلأن[٦] الحد حق الله[٧]، لا حقه، والاعتياض[٨] عن حق غيره لا يجوز؛ ألا ترىٰ أن الاعتياض عن دعوى المرأة نسب ولدها لا يجوز؛ لأنه حق الولد، لا حقها[٩]، وكذا لا يجوز

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٩٤، و«الاختيار» ٣/ ٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٦، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢١٢، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٥.

(٢) «الهداية» ٣/ ١٩٤، و«الاختيار» ٣/ ٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ ب.

(٣) لفظ: (فيه) غير موجود في (أ). (٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (ب، ج): (من) بدل (عن).

(٦) في (أ، ج): (فإن) بدل (فلأن).

(٧) في (أ، ج): (لله) بدل (الله).

(٨) الاعتياض: أخذ العوض، والعوض: البدل، وقيام الشيء مقام الآخر. «الصحاح» ٣/ ١٠٩٣، مادة (عوض) و«لسان العرب» ٢/ ٩٢٨-٩٢٩، مادة (عوض) و«المصباح المنير» ٢/ ٤٣٨، مادة (عاض) و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٥٣٠.

(٩) «الهداية» ٣/ ١٩٤-١٩٥، و«الاختيار» ٢/ ٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢١٢-٢١٣.

الصلح عما أشرعه علىٰ طريق العامة[١]؛ لأنه حقهم، فلا يصح ٱنفراد واحد بالصلح عنه؛ لاستلزام الاُعتياض عن حق غيره[٢].

وإنما نكَّر الحدَّ ونفاه؛ ليدل على العموم، فيدخل فيه حد القذف؛ لأن المغلب فيه جهة حق[٣] الشرع[٤]. وقوله: (في النفس وما دونها) زائدان.

صالح عن دم العمد، على عبدين، فبان أحدهما حرًا

قال: (ولو صالح عن[٥] عمد، علىٰ هذين العبدين، فإذا أحدهما حرٌّ، فله العبد، لا غير، ويضيف إليه قيمة الحر [٣١١ب] لو كان عبدًا، وأضاف تمام الدية- نقدًا).

رجل صالح عن دم العمد، علىٰ عبدين بأعيانهما، فإذا أحدهما حر: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: له العبد، لا غير، أو الأرش[٦].

وقال أبو يوسف رحمه الله: له العبد، وقيمة الحر، لو كان عبدًا[٧].

---

(١) كالظلة، والروشن، ونحوهما، الموضوعة على الطريق النافذ. «الاختيار» ٢/٧، و«العناية على الهداية» ٨/٤١٨، و«تبيين الحقائق» ٥/٣٧.

(٢) من قوله: (ألا ترىٰ أن الاُعتياض...) إلىٰ قوله: (عن حق غيره) غير موجود في (ج).

(٣) لفظ: (حق) غير موجود في (ج).

(٤) «الهداية» ٣/١٩٥، و«الاختيار» ٢/٧، و«تبيين الحقائق» ٥/٣٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«البحر الرائق» ٧/٢٥٨، و«مجمع الأنهر» ٢/٢١٣.

(٥) في (ب، ج): (من) بدل (عن).

(٦) «المبسوط» ٢١/١١، و«منظومة النسفي» لوحة ٨٧/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٧.

(٧) ينظر المراجع السابقة.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له العبد، وتمام الدية من النقد[١].

لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لما[٢] سمَّى العبد، دخل تحت العقد، وسمىٰ زيادة على العبد تصل إليه؛ لأنه[٣] لم يرض بالصلح، إلَّا أن يسلّم له ما سمَّاه، فإذا لم يسلّم، وجب له[٤] العبد والزيادة، إلىٰ تمام ديته؛ لأن الدية معلومة، والزائد على العبد مجهول.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لما سمىٰ ما لا يدخل تحت العقد، وأشار إليه، فكانت الإشارة مفيدة معرفة حصته، لو[٥] كان عبدًا، كما لو قال: وعبد[٦]، هٰذا صفته.

ولأبي حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنه لما[٧] سمىٰ ما يدخل تحت العقد، وما لا يدخل، فلغا ما لا يدخل، وصار[٨] كأن الصلح وقع علىٰ[٩] ما[١٠] يدخل تحت العقد؛ فيجب هو، لا غير[١١].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (ج): (لو) بدل (لما).

(٣) في (أ، ج): (فإنه) بدل (لأنه).

(٤) لفظ: (له) غير موجود في (أ، ج).

(٥) في (ج): (ولو) بزيادة الواو.

(٦) في (ب، ج): (عبد) بدون الواو.

(٧) لفظ: (لما) غير موجود في (أ، ج).

(٨) في (ج): (فصار) بدل (وصار).

(٩) لفظ: (علىٰ) غير موجود في (ج).

(١٠) في (ب): (أن) بدل (ما).

(١١) «المبسوط» ٢١/١١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٧.

لو صالح، أو عفا عن جناية، على ما دون النفس، ثم برئ، أو مات منها

قال: (ولو عفا، أو صالح، عن شجة، فمات، فالدية واجبة، في مال الجاني).

رجل صالح رجلًا، أو عفا عن شجة، أو جراحة، أو ضربة، أو قطع يدٍ، علىٰ شيء، ثم برئ، جاز الصلح[(١)]، ولو مات من ذلك تجب الدية في مال الجاني[(٢)]، عند أبي حنيفة ﷺ -ٱستحسانا[(٣)]، ويجب القصاص- قياسًا[(٤)]. وقالا: لا يجب شيء[(٥)].

لهما: أن العفو عن الشجة، أو القطع، عفو عن موجبه، وموجبه أمران:

القصاص في الطرف، إن ٱقتصر. [أ/٢٠٤ب]

والقصاص في النفس[(٦)]، إذا سرىٰ.

وإذا ٱقتصر، يكون عفوًا عن موجبه، فكذلك إذا سرىٰ، يكون عفوًا عن موجبه، كما لو[(٧)] قال: عفوت عنها، وعما[(٨)] يحدث منها، أو: عن القطع، وما يحدث منه، أو: عن الجناية.

---

(١) «المبسوط» ٢١/٩، و«الاختيار» ٣/٧، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٧.

(٢) من قوله: (رجل صالح رجلًا...) إلىٰ قوله: (في مال الجاني) غير موجود في (أ).

(٣) «المبسوط» ٢١/٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٨.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) في (ج): زيادة لفظ: (أي) بعد قوله: (النفس).

(٧) لفظ: (لو) غير موجود في (أ).

(٨) في (ب): (أو عما) بدل (وعما).

وله: أنه عفا عن الطرف - صريحًا، ولم يعف عن النفس، وليس العفو عن النفس من لوازم العفو عن الطرف؛ ليثبت الحكم فيه بالضرورة، فلما مات ثبت حقه في النفس؛ فكان القياس أن يقتص، لكنه سقط؛ لشبهة العفو؛ لأن[١] حدوث الموت عن شجة معفو[٢] عنها، يورث شبهة العفو، ولما سقط القصاص، عاد إلى المال؛ لأن سقوط القصاص؛ بالشبهة، يوجب انقلاب موجب الجناية - مالًا، بخلاف ما قاسا عليه؛ لأن العفو عن الشجة، وما يحدث منها؛ لانتظام اللفظ الموت منها - صريحًا، وكذا[٣] الجناية؛ لانتظام هٰذِه اللفظة[٤] كلا منهما، بخلاف الشجة؛ حيث لا تنتظمهما[٥] معًا؛ لكونه علمًا على الجناية على الطرف[٦].

---

(١) في (ج): (فإن) بدل (لأن).

(٢) في (ج): (يعفو) بدل (معفو).

(٣) في (ج): (فكذا) بدل (وكذا).

(٤) في (ب): (اللفظ) بدل (اللفظة).

(٥) في (ج): (لا ينتظمهما) بدل (لاتنتظمهما).

(٦) «المبسوط» ٢١/٩-١٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٦/ب، ١٦٧/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٨.

لو قتل مدبرٌ حرًا -خطأً، فصولح ولي القتيل على عبد، ثم قتل آخر- خطأً

قال: (ولو قتل مدبرٌ حرًا، خطأً، فصالح مولاه ولي القتيل علىٰ عبد، بغير قضاء ، أو علىٰ قيمته، بغير قضاء - في الأصح، ثم قتل آخر، فولي الثاني مخير: إن شاء، رجع علىٰ وليِّ الأول[1] [ب/٢٤١أ] بالنصف، كما قالا. وإن شاء، على المولىٰ بنصف القيمة؛ ليرجع هو على الولي).

صورتها: مدبر قتل حرًا - خطأً، فصالح مولاه ولي القتيل علىٰ عبد، بعينه، بغير قضاء القاضي، ودفعه إليه، [جـ/٣١٢أ] ثم إن المدبر قتل آخر - خطأً:

قال أبو حنيفة ﷺ: ولي القتيل الثاني مخير بين أمرين:

إن شاء: أتبع ولي القتيل الأول، وأخذ منه نصف العبد المصالح عليه، وهٰذا الحكم هو قولهما. وإن شاء أتبع المولىٰ، وأخذ منه نصف قيمة المدبر، ثم المولىٰ يرجع علىٰ وليِّ القتيل الأول بنصف العبد[2].

وقالا: ليس له ذلك[3].

---

(١) في (ب): (الأولىٰ) بدل (الأول).

(٢) «المبسوط» ٢١/ ١٨، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/أ.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

وإنما زاد في تصوير المسألة قوله: (أو علىٰ قيمته، بغير قضاء- في الأصح) لأنهم قالوا: في المنقول عنهما نظر؛ لأن صلح الأول، علىٰ ذلك التقدير، لا يلزم الثاني؛ لأنا لو فرضنا قيمة المدبر ألفًا، وقيمة العبد المصالح عليه عشرة[١]، فلولا الصلح الأول، لكان لوليّ القتيل الثاني[٢] أن يأخذ خمسمائة، لكنه[٣] بالصلح الأول رجع حق الثاني إلىٰ نصف قيمة العبد[٤] المصالح عليه، وهو خمسة[٥]، وذلك في غاية البعد؛ لأن نقل حق العبد[٦] من نقدٍ إلىٰ نقدٍ آخر، بغير رضاه، غير معهود في الشرع؛ ولأن هٰذا[٧] النقص المتفاحش؛ بسبب صلح شخص آخر، يأباه الدليل.

وإنما الصحيح، فيما نقل الخلاف عنهما: أن المولىٰ[٨] دفع قيمة المدبر إلىٰ وليِّ القتيل الأول، بغير قضاء القاضي: قالا: لأن[٩] المولىٰ فعل عين[١٠] ما يفعله القاضي، أو يأمره به؛ فلا ضمان عليه.

وله: أن المولىٰ لما دفع القيمة، بكمالها، إلىٰ وليِّ الأول، تبين -بتقدير الجناية الثانية- أن نصف القيمة المدفوعة حق الثاني، وقد دفعه

---

(١) في (أ): زيادة: (آلاف) بعد قوله: (عشرة).
(٢) لفظ: (الثاني) غير موجود في (ب).
(٣) في (أ): (لكن) بدل (لكنه).
(٤) لفظ: (العبد) غير موجود في (أ).
(٥) في (أ): زيادة: (آلاف) بعد قوله: (خمسة).
(٦) في (ج): (عبد) بدل (العبد).
(٧) في (ب): (بهٰذا) بدل (هٰذا).
(٨) عبارة: (أن المولىٰ) غير موجودة في (ج).
(٩) في (ج): (أن) بدل (لأن).
(١٠) في (ب): (غير) بدل (عين).

-باختياره- علىٰ وليّ الأول[١]، فيضمن له، ثم يرجع بما ضمن على الأول[٢]، وهٰذا، بخلاف ما لو دفع بقضاء؛ لأنه -حينئذ- يكون مجبورًا على الدفع بالحكم؛ فلا يضمن، هٰذا، إذا[٣] آختار الرجوع على المولىٰ ،خلافا لهما[٤]، وأما إذا آختار الرجوع علىٰ ولي[٥] الأول بنصف العبد المصالح عليه، فإنما آنتقض حقه، وانتقل من أحد النقدين إلىٰ غيره، برضاه واختياره، وذلك معهود سائغ[٦][٧].

غصب عبدًا، فمات، فصالح مولاه على أكثر من قيمته

قال: (ولو غصب عبدًا، فمات، فصالح مولاه علىٰ أكثر من قيمته، فهو جائز)[٨].

وهٰذِه المسألة نظيرة[٩] ما مر في (كتاب الصرف) فيما إذا صالح عن

(١) في (ب): (الأولىٰ) بدل (الأول).

(٢) في (ب): (الأولىٰ) بدل (الأول).

(٣) لفظ: (إذا) غير موجود في (جا).

(٤) «المبسوط» ٢١/ ١٨-١٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/أ.

(٥) لفظ: (ولي) غير موجود في (ب).

(٦) في (أ): (شائع) بدل (سائغ).

(٧) «المبسوط» ٢١/ ١٨-١٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/أ.

(٨) هٰذا، عند أبي حنيفة ﷺ. أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز الصلح، في المغصوب الهالك، علىٰ أكثر من قيمته، بما لا يتغابن الناس في مثله. «المبسوط» ٢١/ ٥٥-٥٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٥٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٣.

(٩) في (ب): (نظير) بدل (نظيرة).

العيب، علىٰ أكثر من النقصان، بالتعليل المذكور ثَمَّ[١][٢].

الصلح على مال؛ ليترك المدعي دعواه النكاح من المدعى عليها

قال: (ولو ٱدعىٰ نكاحها، فجحدت، ثم صالحته علىٰ مال؛ ليترك الدعوىٰ، جاز، وكان في معنى الخلع)[٣].

لأنه أمكن تصحيح المصالحة -خلعًا- في جانب المدعي؛ لأنه يزعم أن النكاح قائم بينهما، وفي جانبها؛ بذلًا للمال؛ لدفع الخصومة، وهو جائز، كما مر[٤].

قالوا: وإذا كان المدعي مبطلًا في دعواه، يحرم عليه أخذ ما بذلته من المال؛ ديانةً[٥].

(١) لفظ: (ثمَّ) غير موجود في (ج) وفي (أ): (ثمة).
(٢) ينظر صحيفة ص٧٣٧-٧٤١.
(٣) «الكتاب» ٢/ ١٦٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٥، و«الاختيار» ٣/ ٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٢.
(٤) صحيفة ص١٩٠١-١٩٠٥.
(٥) ينظر المراجع السابقة.

الصلح على مال؛

لتترك المدعية دعواها النكاح، من المدعى عليه

قال: (أو[١] أدعت هي نكاحه، فصالحها، جاز، وقيل: لم يجز).

أما إذا أدعت المرأة علىٰ رجل نكاحًا، فصالحها الرجل علىٰ مال؛ لتترك هي[٢] الدعوىٰ؛ قال في بعض نسخ «القدوري»: (جاز)[٣]. ووجهه: بأن يجعل ما صالح عليه زيادة في مهرها، من جانبها؛ ودفعًا للمال؛ لدفع الخصومة، من جانبه[٤].

وفي بعض النسخ: (لم يجز)[٥]. وهذا من الزوائد[٦].

---

(١) في (جـ): (ولو) بدل (أو).

(٢) لفظ: (هي) غير موجود في (أ).

(٣) نقل ذلك عن بعض نسخ «القدوري» المرغياني في «الهداية» ٣/ ١٩٥، و الزيلعي في «تبيين الحقائق» ٥/ ٣٨، و العبادي في «الجوهرة النيرة» ١/ ٤١٣، و الميداني في «اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٥.

(٤) «الهداية» ٣/ ١٩٥، و«الاختيار» ٣/ ٧-٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٨، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤١٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٢.

(٥) «الكتاب مع شرحه اللباب» ٢/ ١٦٥، و«الكتاب مع شرحه الجوهرة النيرة» ١/ ٤١٣. ونقل ذلك أيضا عن بعض نسخ «القدوري»: المرغياني في «الهداية» ٣/ ١٩٥، والزيلعي في «تبيين الحقائق» ٥/ ٣٧، وابن ملك في «شرح مجمع البحرين» لوحة ١٦٧/أ، وداماد أفندي في «مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٢.

(٦) قوله: (من الزوائد) فيه نظر؛ لأن بعض نسخ «القدوري» قد سارت على القول بعدم الجواز- إن لم يكن أكثرها، كما جرى الإشارة إليها، لكن لعل مراد المؤلف رحمه الله من قوله: (من الزوائد) أي: زائدة عن النسخة التي أعتمدها. والله أعلم.

ووجهه: أن ترك الدعوىٰ من قبلها، إن جعل فرقة، فالزوج لا يعطي المرأة شيئًا، على الفرقة. [ج/٣١٢ب] وإن لم يجعل فرقة، بقي الحال علىٰ ما كان عليه، قبل الدعوىٰ، فلم يكن في مقابلة هٰذا العوض شيء؛ فلا يصح[١].

الصلح على مال؛

ليترك المدعي دعواه أن المدعى عليه عبده

قال: (أو عبودية رجل، فصالحه، جاز، وكان في معنى العتق علىٰ مال).

رجل ادعىٰ علىٰ رجل أنه عبده، فصالحه علىٰ مال، دفعه إليه؛ ليترك الدعوىٰ، جاز، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق علىٰ مال؛ لأنه يدعي قيام عبوديته له -في زعمه؛ فأمكن تصحيح الصلح علىٰ ذلك التقدير، ومن جهته بذل المال؛ لدفع الخصومة؛ لزعمه أنه حر الأصل، إلَّا أنه لا وَلاء[٢] له عليه؛ لإنكار العبد دعواه[٣]، فإن أقام البينة علىٰ

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٥، و«الاختيار» ٣/ ٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٧، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤١٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٢، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٥.

(٢) في (ب): (ولاية) بدل (ولاء). والولاء- بفتح الواو: عصوبة متراخية عن عصوبة النسب، سببها: زوال الملك عن الرقيق بالحرية.
«كفاية الأخيار» ٢/ ٥٧٨، و«فتح الوهاب» ٢/ ٢٣٩، و«الإقناع» للشربيني ٢/ ٣٢٧، و«مغني المحتاج» ٤/ ٥٠٦، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٣١١-٣١٢.

(٣) لفظ: (دعواه) غير موجود في (أ، ج).

دعواه، قبلت، وثبت[١] الوَلاء[٢].

المهايأة في غلة الملك المشترك

قال: (والتَهَايُؤ في غلتي عبدين، علىٰ أن يأخذ [٢٠٥أ] هٰذا غلة هٰذا شهرًا، [ب/٢٤١ب] وذاك غلة ذاك شهرًا، باطل وهو في ركوب دابة، أو[٣] غلتها، أو غلتي دابتين، أو ركوبهما - اَصطلاحًا، جائز، لا جبرًا، ومنعناه في غلة دابة، وأجازاه في الباقين- جبرًا).

من[٤] قوله: (اصطلاحًا...).

إلىٰ آخره من الزوائد.

وقد جاء الجبر بمعنى الإجبار: وهو الإكراه، وهي لغة بني تميم، يقولون: جَبَرْتُ الرَّجُلَ علىٰ كذا أجبرُه بالضم، جبرًا، وهي لغة معروفة[٥].

---

(١) في (ج): (تثبت) بدل (ثبت).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٠، و«الهداية» ٣/ ١٩٥، و«الاختيار» ٣/ ٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٣٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٢.

(٣) في (ب): (و) بدل (أو).

(٤) في (ب): (ومن) بزيادة الواو.

(٥) «الصحاح» ٢/ ٦٠٨، مادة (جبر) و«لسان العرب» ١/ ٣٩٦، مادة (جبر) و«المصباح المنير» ١/ ٨٩-٩٠، مادة (جبر).

ذكره[١] في «التكملة»[٢]، وقال الأزهري[٣]: (جبرته وأجبرته لغتان جيّدتان)[٤].

رجلان تهايئا في غلتي عبدين، علىٰ أن يأخذ هٰذا غلة هٰذا العبد شهرًا -أي: بدل خدمته، وذاك غلة العبد الآخر شهرًا، لم يجز عند أبي حنيفة[٥]

(١) أي صاحب «التكملة»: وهو الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي، العمري، الصاغاني، الحنفي، رضي الدين، المولود في لاهور، بالهند، سنة (٥٧٧هـ). من أعلم أهل عصره في اللغة، وكان فقيها، محدّثا، ديّنا، له تصانيف كثيرة، منها: «مجمع البحرين» في اللغة، و«العُباب الزَّاخر» في اللغة، و«الشوارد» في اللغات والأضداد، و«شرح صحيح البخاري» و«دَرّ السحابة في مواضع وفيات الصحابة» و«التكملة على الصحاح» الذي أشار إليها المؤلف، وقد ذكر فيها مصنفها ما فات على الجوهري من اللغة في كتابه «الصحاح»، وتوفي الصاغاني في بغداد سنة (٦٥٠هـ).

«العبر» ٣/ ٢٦٥، و«الجواهر المضية» ١/ ٢٠١-٢٠٢، و«تاج التراجم» ص٨٧-٨٩، و«الطبقات السنية» ٣/ ١٠٤-١٠٥، و«كشف الظنون» ٢/ ١٠٧٢، و«شذرات الذهب» ٥/ ٢٥٠، و«الفوائد البهية» ص٦٣، و«الإعلام» ٢/ ٢١٤.

(٢) ٢/ ٤٤٠، مادة (جبر).

(٣) هو: محمد بن أحمد الأزهري الهروي، أبو منصور، اللغوي الشافعي، المولود في هراة بخراسان، سنة (٢٨٢هـ).

أحد الأئمة في اللغة والأدب.

من تصانيه: «تهذيب اللغة» و«غريب الألفاظ التي ٱستعملها الفقهاء» و«تفسير القرآن» و«فوائد منقولة من تفسير المزني» توفي في هراة سنة (٣٧٠هـ).

«تذكرة الحفاظ» ٣/ ٩٦٠، و«سير أعلام النبلاء» ١٦/ ٣١٥، و«العبر» ٢/ ١٣٥، و«كشف الظنون» ١/ ٥١٥، و«شذرات الذهب» ٣/ ٧٢-٧٣، و«الأعلام» ٥/ ٣١١.

(٤) «تهذيب اللغة» ١١/ ٩٠.

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ١٧٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/أ، و«الهداية» ٤/ ٥٢، و«الاختيار» ٢/ ٨١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٢٧٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٤٩٨.

رضي الله عنه. وقالا: يجوز[١]؛ لأن الغلة بدل الخدمة التي يجوز فيها التهايؤ؛فيجوز في بدلها؛ قياسًا على المهيأة، في سكنى الدار الواحدة مكانًا، باقتسامهما العلو والسفل، أو جهتين[٢] منها معينتين، وعلىٰ خدمة العبد الواحد، زمانًا، وعلىٰ غلة الدار الواحدة، زمانًا.

وله: أن الجبر على القسمة بناء علىٰ إمكان المعادلة والتسوية، ولا يمكن التسوية في غلة العبد والعبدين؛ لجواز أن يجد أحدهما من يستأجره ولا يجد الآخر، وقد يتغير الحيوان تغيرًا يفوّت الانتفاع به.

وكذلك في المسألة الثانية؛ فإن الركوب يتفاوت بحسب الراكبين، بخلاف ما قاسا عليه. أما سكنى الدار الواحدة، مكانًا، فإمكان التسوية والتعديل قائم؛ ولهٰذا جازت قسمة العين علىٰ هٰذا الوجه. وأما خدمة العبد الواحد؛ فإمكان التسوية موجود؛ إذ هو مختار في الخدمة، فلا تتحقق من الزيادة علىٰ ما عليه من خدمة المولىٰ، علىٰ أن فيه ضرورة ليست في الغلة، وهي أن الخدمة منفعة غير باقية، والغلة عين[٣] باقية[٤]. وأما المهايأة، في غلة الدار الواحدة، زمانًا، فكذلك؛ لأن النصيبين- وإن تعاقبا في الاستيفاء، إلَّا أن الظاهر في العقار بقاؤه علىٰ حاله، وعدم تطرق التغير إليه، ظاهرًا، فأمكنت المعادلة، بخلاف الحيوان؛ لتطرق التغيير إليه ظاهرًا، علىٰ أن فيها روايتين عن الإمام:

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (ب): زيادة (بينهما) بعد قوله: (أو جهتين).

(٣) في (ج): (غير) بدل (عين).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

إحداهما: لا يجوز المهايأة في غلة الدار الواحدة؛ لجواز أن يجد أحدهما مستأجرًا، ولا يجد الآخر[١]. [جـ/٣١٣أ]

وفي الأخرىٰ -وهي ظاهر المذهب: يجوز؛ للأمن عن التغير[٢].

وأما المسألة الثانية: فإذا تهايئا في ركوب دابة، أو[٣] غلتها، أو غلتي دابتين، أو ركوبهما؛ لم يجز عند أبي حنيفة ﵁، علىٰ سبيل الجبر، ويجوز إن ٱصطلحا عليه[٤]. وقالا: التهايؤ في غلة دابة واحدة، لا يجوز -مطلقًا، كما لا يجوز في غلة عبد واحد، ويجوز في الباقي[٥]؛ بناء علىٰ أن القاضي لا يقسم الحيوان عند أبي حنيفة ﵁؛ للتفاوت فيها[٦]، فكذا في غلتها؛ لأنه بدل منافعها المتفاوتة[٧]. وعندهما: يقسم الحيوان، جبرًا، فكذا يقسم منافعها، وبدل منافعها[٨][٩].

وستأتي المسألة في القسمة، إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ١٧١-١٧٢، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/أ، و«الهداية» ٤/ ٥٢، و«الاختيار» ٢/ ٨٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٢٧٦، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/ب.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (أ، ب): (أو في) بزيادة (في).

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ١٧٤، و«الهداية» ٤/ ٥٢-٥٣، و«الاختيار» ٢/ ٨١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٢٧٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٤٩٧.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) لفظ: (فيها) غير موجود في (أ).

(٧) «المبسوط» ٢٠/ ١٧٤، و«الهداية» ٤/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٢٧٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤١٩.

(٨) عبارة: (وبدل منافعها) غير موجودة في (جـ).

(٩) ينظر المراجع السابقة.

الصلح على زيادة في المسلّم فيه

قال: (ولو أسلم عشرة في كُرٍّ، ثم ٱصطلحا علىٰ زيادة نصف كُرٍّ آخر إلىٰ أجله، لم تصح، وعليه رد ثلث العشرة، وإيصال ذلك الكر، وقالا: لا يرد شيئًا).

رجل أسلم إلىٰ آخر عشرة دراهم في كُرٍّ حنطة، ثم بعد زمان ٱصطلحا علىٰ أن يزيده نصف كر آخر إلىٰ ذلك الأجل: قال أبو حنيفة ﷺ: يرد ثلث العشرة، ويوصل إليه الكر بتمامه، عند ٱنقضاء الأجل[١]. والزيادة لا تصح[٢]. وقالا: يوصل إليه الكر بتمامه، عند ٱنقضاء المدة[٣]، ولا يرد شيئا من رأس المال[٤].

لهما: أن هٰذِه الزيادة لم تجز- إجماعًا[٥]؛ لأنها لو جازت، لبطلت؛ لأنها إذا جازت، خرج ثلث رأس المال عن أن يكون مقابلًا[٦] بالمسلم فيه، حتىٰ يجعل مقابلًا بهٰذِه الزيادة، وإذا خرج يصير دينًا في ذمة المسلّم إليه، وقد أسلمه في نصف كرّ مؤجل، فلا يجوز؛ لأن إسلام

(١) في (ج): (المدة) بدل (الأجل).

(٢) «المبسوط» ٢١/ ٤٥، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/ب.

(٣) في (ج): (الأجل) بدل (المدة).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) ينظر المراجع السابقة. ملاحظة: قول المؤلف: (إجماعًا) فيه نظر، ولعل مراده، إجماع الحنفية؛ لأن المالكية يجيزون مثل هٰذِه الزيادة. ينظر: «المدونة» ٣/ ١٥٥- ١٥٦، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٣٣٩، و«بداية المجتهد» ٢/ ١٥٩، و«عقد الجواهر الثمينة» ٢/ ٥٦٣.

(٦) في (ج): (متقابلًا) بدل (مقابلًا).

الدين -فيما يثبت في الذمة دينًا إلىٰ أجل- لا يجوز؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام (عن دين بدين)[١]. وإذا بطلت الزيادة، لا يرد شيئا من رأس المال؛ لأن الرد حكم لصحة الزيادة، ولم تصح، فبقي العقد الأول علىٰ حاله [ب/٢٤٢أ] كما لو زاده[٢] نصف كر بعد انقضاء المدة.

وله: أنهما قصدا شيئين، **أحدهما**: إخراج ثلث رأس المال عن السلم الأول.

والثاني: جعله مقابلًا بهٰذِه الزيادة، وإدخال[٣] هٰذِه الزيادة لم يصح؛ لما ذكرنا[٤] من الدليل، ولا مانع من الإخراج؛ فيصح، بخلاف ما لو زاد

---

(١) «سنن الدارقطني» ٣/ ٧١-٧٢، رقم (٢٦٩، ٢٧٠) كتاب البيوع، و«مستدرك الحاكم» ٢/ ٥٧، كتاب البيوع، وقال: (صحيح علىٰ شرط مسلم) و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي ٥/ ٢٩٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين.
قال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» ٨/ ٥٢: (قال الشافعي: أهل الحديث يوهّنون هٰذا الحديث).
وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٤٠: (ورواه ابن عدي في «الكامل» وأعله بموسىٰ بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد).
وقال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» ٢/ ١٥٧، رقم (٧٩٥): (في إسناده موسىٰ بن عبيدة، وهو متروك).
وقال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ٣/ ٢٦، رقم (١٢٠٥): (قال أحمد بن حنبل: لا تحل عندي الرواية عنه -أي: موسىٰ بن عبيدة- ولا أعرف هٰذا الحديث عن غيره. وقال أيضًا: ليس في هٰذا حديث يصح، لكن إجماع الناس علىٰ أنه لا يجوز بيع دين بدين).
وقال ابن الملقن في «تحفة المحتاج» ٢/ ٢٣٤، رقم (١٢٣٢): (رواه الحاكم، وقال: صحيح علىٰ شرط مسلم؛ ظنًا منه أن موسى الذي في سنده هو: ابن عقبة، وإنما هو: موسىٰ بن عبيدة الربذي، ضعفوه).
(٢) في (أ، ج): (زاد) بدل (زاده).
(٣) في (ج): (وإذا خلا) بدل (إدخال).
(٤) في (ب): (ذكر) بدل (ذكرنا).

بعد ٱنقضاء المدة، أما لأن العقد ٱنتهىٰ بانقضاء الأجل؛ لأنه مستلزم لجواز السلم الحال؛ لأن طريق التصحيح أن يفسخ العقد الأول، ثم يعقد علىٰ[1] المزيد، والمزيد عليه؛ تصحيحًا لتصرفهما، وأنه سلم حالّ؛ فلا يجوز[2].

وقوله: (إلىٰ أجله).

و(لم تصح)[3] من الزوائد.

الصلح على زيادة طعام مبيع، معيب، من غير جنسه

قال: (ولو وجد بطعام ٱشتراه عيبًا، فصالحه علىٰ أن يزيده طعامًا، من غير جنس المعيب، إلىٰ أجل، فهو باطلٌ، مطلقًا، وقالا: إن لم ينقد الثمن في المجلس).

رجل ٱشترىٰ طعامًا، فوجد به عيبًا، فصالحه علىٰ أن يزيده طعامًا آخر، من غير جنس الطعام الذي ٱشتراه إلىٰ أجل: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: هٰذا لا يجوز [أ/٢٠٥ب] سواء كان الثمن منقودًا، أو لم يكن، فنقده في المجلس[4]. وقالا: إن كان قد نقد الثمن في المجلس، صحَّ، وإلا فلا[5]. وهٰذا الٱختلاف مبني علىٰ أن إعلام مقدار رأس المال في

---

(١) في (ب): (عن) بدل (علىٰ).

(٢) «المبسوط» ٢١/ ٤٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٧/ب، ١٦٨/أ.

(٣) في (ب): (يصح) بدل (تصح).

(٤) «المبسوط» ٢١/ ٣١، و«منظومة النسفي» لوحة ٢٨/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

السلم شرط عنده[١]، خلافًا لهما[٢]؛ لأن [جـ/٣١٣ب] الصلح علىٰ هٰذِه الزيادة إلىٰ أجل، في معنى السلم، وما يقابل هٰذِه الزيادة من الثمن مجهول؛ فلا يصح- عنده.

وعندهما: إذا نقد الثمن، صح، وإن كان مجهولًا[٣]. وقد مرت المسألة في البيوع[٤].

وقوله: (مطلقًا ...).

إلىٰ آخره من الزوائد.

أثر هلاك المدعى عليه، أو المدعي، أو محل المنفعة، في المصالحة على خدمة عبد، ونحو ذلك

قال: (أو علىٰ خدمة عبده، أو سكنىٰ داره، أو زراعة، أو لبس، أو ركوب- شهرًا، فهلك المدعىٰ عليه، لا يبطله، أو المدعي، يبطله في الركوب واللبس، وأبطله في الكل، أو محل المنفعة بفعل ضامن، فأخذت قيمته، يخيره[٥] في مطالبة عبد للخدمة،

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٤٣-٤٤، و«المبسوط» ١٢/ ١٢٩، و«تحفة الفقهاء» ١/ ١١، و«الهداية» ٣/ ٧٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٤-٣٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١١٦، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ١٧٨.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ٢١/ ٣١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٤) صحيفة ص٦٤٨-٦٥٠.

(٥) لفظ: (يخيره) غير موجود في (جـ).

أو نقض الصلح، وأبطله[١]. ولو أستأجره منه بعد ما صالحه علىٰ خدمته وسلمه، يجيزه، ومنعه).

هٰذِه مسائل يتعلق بعضها ببعض:

المسألة الأولىٰ: رجل صالح رجلًا علىٰ خدمة عبده، أو سكنىٰ داره، أو زرع أرضه، أو لبس ثوبه، أو ركوب دابته، ثم هلك المدعىٰ عليه، أو[٢] المدعي. قال أبو يوسف رحمه الله، في الأول[٣]: لا يبطل الصلح، والمدعي يستوفي المنافع[٤]؛ لأن ذلك ينزل منزلة الوصية، وموت الموصي لا يبطل العقد؛ لأن المدعي ملك المنفعة عند العقد من غير تراخ؛ لأنه يزعم أن المدعىٰ عليه ملك حقه من المدعىٰ به[٥]، بنفس العقد، فكذلك ما يملك بإزائه، فصار كملك الموصىٰ له بالمنفعة.

وقال محمد رحمه الله: يبطل الصلح[٦]؛ لأنه بمنزلة الإجارة؛ لأنه في حكمها؛ فيبطل[٧] بموت أحد المتعاقدين. وقال أبو يوسف رحمه الله، فيما إذا هلك المدعي: يبطل الصلح في ركوب الدابة، ولبس الثوب لا غيره، ويبقىٰ على الصحة في الباقي[٨]؛ لأن الصلح قاطع للخصومة، والوارث

(١) عبارة: (وأبطله) غير موجودة في (ج).

(٢) في (ج): زيادة (هلك) بعد قوله: (أو).

(٣) في (ج): (فيما إذا هلك المدعىٰ عليه) بدل (في الأول).

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٥/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤١١.

(٥) لفظ: (به) غير موجود في (ج).

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) في (ج): (فبطل) بدل (فيبطل).

(٨) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٥/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤١١.

كما يقوم مقام المورث في الخصومة، كذلك يقوم مقامه في قطعها، إلَّا أن الركوب واللبس يظهر فيه التفاوت، والمالك رضي بهما من المدعىٰ، لا من وارثه. وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: يبطل الصلح، مطلقًا، وهو القياس[1]؛ لأنه نوع إجارة؛ لورود العقد علىٰ منفعة، ولذلك كان التوقيت فيها شرطًا؛ فيبطل بهٰذِه الأسباب.

المسألة الثانية: إذا هلك محل المنفعة بأن قتل العبد أجنبيٌّ، ثم أخذت منه القيمة.

قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: المدعي بالخيار، إن شاء طالب بأن يشتري له بالقيمة عبدًا، فيستوفي[2] منه الخدمة، وإن شاء نقض الصلح ورجع إلىٰ دعواه[3]؛ لأن العقد علىٰ هٰذِه المنفعة حصل من غير بدل يقابلها في الظاهر؛ فلا يبطل بالقتل، كالعبد الموصىٰ بخدمته إذا قتل، ولا كذلك الإجارة؛ لأن منافع العين المستأجرة مملوكة بعوض في الظاهر، فإذا قتل، تعذر تسليم المعقود عليه؛ فيرجع إلىٰ بدله، ولا يقال: لو كان كالموصىٰ بخدمته لما ٱنتقل إلىٰ ورثة المصالح؛ كما لا ينتقل علىٰ ورثة الموصىٰ له؛ لأنا نقول: هو كالموصىٰ به من وجه، وكالمعاوضة من وجه، وفي الوصية - لما كان تبرعًا محضًا علىٰ شخص[4]؛ لم يستحقها غيره، وهاهنا ليست بتبرع [ب/٢٤٢ب] لأنها تستحق بنفس العقد؛ فجاز ٱنتقالها إلى الورثة، كالوصايا.

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (ج): (ليستوفي) بدل (فيستوفي).

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٥، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٥/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٤) عبارة (علىٰ شخص) غير موجودة في (ج).

وقال محمد رحمه الله: يبطل الصلح[١]؛ لأنه عقد يلحقه الفسخ، وقد تعذر تسليم المعقود عليه؛ فانفسخ، كما لو صالحه [جـ/٣١٤أ] علىٰ ثوب، فهلك قبل القبض. ولو قتله المدعىٰ عليه، بطل الصلح؛ كما يبطل البيع بقتل البائع قبل القبض، عند أبي يوسف[٢] رحمه الله، وكما تبطل الإجارة بقتل المؤجِّر العبد المستأجر، عند محمد[٣] رحمه الله، ولو قتله المدعي غرم قيمته؛ لأنه قاتل عبد الغير، وتؤخذ قيمته منه؛ ليشتري بها عبدًا للخدمة، ولم يبطل الصلح[٤]؛ لأنه إذا قتله، والملك فيه لغيره، فقد[٥] فات إلىٰ خلفٍ، وهو القيمة، فصار كما لو قتله أجنبيٌّ، ولو[٦] قتله أجنبيٌّ، لم يبطل الصلح، كذا هٰذا. وقال محمد رحمه الله: يبطل[٧]؛ لما بينا.

قال القاضي النَّاصحيُّ[٨]: وجب أن يجبر المدعي في نقض الصلح؛

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٦، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) أي: أبو يوسف رحمه الله. ينظر: «المبسوط» ٢٠/ ١٤٦-١٤٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٥/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٥) في (ب، ج): (وقد) بدل (فقد).

(٦) في (ب): (لو) بدون الواو.

(٧) ينظر المراجع السابقة.

(٨) هو: عبد الله بن الحسين، أبو محمد النيسابوري، المعروف بالناصحي، شيخ الحنفية في عصره، ولي قضاء بخارىٰ، وقدم بغداد، وحدّث بها، عن بشر بن أحمد الإسفراييني، وابن حمدان، وسمع منه ابن الضراب، وغيره، وعقد مجلس الإملاء، وكان ثقة صالحًا.

لأن حق الخدمة للمدعي، والملك للمدعىٰ عليه، وكما أن حقه لا يبطل ملكه، فكذا ملكه لا يبطل حقه، ومن حقه أن الخيار ثابت له لو تعيب، وحقه باق، فكذا إذا تغير، بقي خياره[(١)]. وقيل: لا يخير[(٢)]؛ لأن التغير مضاف إلىٰ فعله؛ فصار راضيًا به، ولو رضي بالتغير، بطل خياره، فكذا هٰذا. ولو مات العبد، بطل الصلح بالإجماع[(٣)]، ورجع إلىٰ دعواه؛ لأنه إنما أبرأه عن حقه بشرط سلامة الخدمة له، ولم يسلم؛ أو لأنه كالإجارة عند محمد[(٤)]، وكالبيع عند أبي يوسف[(٥)]، وهلاك المعقود

من مصنفاته: «مختصر في الوقف»: أختصره من كتاب الخصاف، وهلال بن يحيىٰ، و«تهذيب أدب القضاء» للخصاف، و«درر الخواص في علوم الخواص» توفي سنة (٤٤٧هـ).

«الجواهر المضية» ١/ ٢٧٤-٢٧٥، و«تاج التراجم» ص١١٦، و«الطبقات السنية» ٤/ ١٦٥-١٦٦، و«الفوائد البهية» ص١٠٢-١٠٣، و«هدية العارفين» ١/ ٤٥١-٤٥٢، و«الأعلام» ٤/ ٧٩.

فائدة: يوجد في المكتبة المركزية في جامعة الإمام محمد بن سعود نسخة من مخطوط كتاب «أوقاف الناصحي» تحت الرقم (٥٨٦٩).

كما يوجد في دار الكتب المصرية، مخطوط باسم «جامع الناصحي» فقه حنفي، تحت رقم (١٢٦٧).

(١) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٦-١٤٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك لوحة ١٦٨/ أ.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٥، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥، و«الأم» ٣/ ٢٢٢، و«مختصر المزني» ص١٠٦، و«معونة أولي النهىٰ» ٤/ ٤٤٣، و«كشاف القناع» ٣/ ٣٩٤.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٥-١٤٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

عليه مبطل فيهما، ولو أعتقه المولىٰ ضمن قيمته عند أبي يوسف[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ لأن العقد لم ينفسخ علىٰ أصله، فينزل منزلة القتل؛ فوجبت قيمته، كما لو قتل الوارث العبد الموصىٰ بخدمته. وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا ضمان عليه[(٢)]؛ لأنه عقد على المنافع، بعوض في حق المدعي. ولو أعتقه المدعي، لم يجز؛ لعدم الملك، وكذا لو باعه[(٣)]. ولو باعه المدعىٰ عليه، لم يصح عند أبي يوسف[(٤)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه قد باعه في حق المنفعة، وجاز عند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، إذا كان لعذر[(٥)]، كبيع[(٦)] العين المؤجرة لعذر.

المسألة الثالثة: إذا صالحه علىٰ خدمة عبد، وسلمه إلى المدعي، ثم [٢٠٦/أ] ٱستأجره منه، جاز عند أبي يوسف[(٧)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه كالمبيع. ولم يجز عند محمد[(٨)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه كالمستأجر. وهكذا الجواب في سكنى الدار إذا ٱنهدمت بنفسها[(٩)]، أو هدمها المدعي، أو المدعىٰ عليه، أو غيرهما، وكذا سائر الأعيان علىٰ هٰذِه الوجوه المذكورة[(١٠)].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥.   (٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٥٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٢١.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) في (ج): (لبيع) بدل (كبيع).

(٧) «المبسوط» ٢٠/ ١٦٠، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٢١.

(٨) ينظر المراجع السابقة.

(٩) لفظ: (بنفسها) غير موجود في (ج).

(١٠) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨.

صلح الأجير، والمودع، بعد دعوى الهلاك، أو الرد

قال: (وأجاز صلح الأجير الخاص، والمودع، بعد دعوى الهلاك، أو الرد).

قال محمد[١] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا قال الأجير الخاص: هلك ما كان في يدي أمانةً، أو رددته إليك، أو[٢] قال المودع: هلكت الوديعة، أو رددتها، ثم صالحه صاحبها، جاز الصلح[٣]. وقالا: لا يجوز[٤].

له: أن المالك يدعي عليه الضمان؛ لمنعه[٥] إياها بعد طلبها، فيصير كالغصب، ولو ادعى الغاصب الهلاك أو الرد، فصولح، يجوز؛ بناءً علىٰ زعم المدعي، فكذا هاهنا؛ لأنه يفتدي يمينه الواجبة عليه بالمال، وصار[٦] كما إذا ادعى المالك استهلاكها، ثم صالحه علىٰ مال.

ولهما: أنه أمين؛ فيثبت ما أخبر عنه بقوله؛ لأن تأثير كونه أمينًا في قبول قوله، فينزل منزلة ثبوته بالبينة، ولو ثبت بالبينة لم يجز الصلح، فكذا إذا ثبت بخبره. وأما اليمين، فإنها توجهت عليه؛ لنفي التهمة، فإن براءة ذمته ثبتت بقوله، ولا تهمة؛ لعدم الظهور، وإنما تثبت[٧]

---

(١) من قوله: (وأجاز صلح الأجير الخاص...) إلىٰ قوله: (أو الرد، قال محمد) غير موجود في (ج).

(٢) في (ب): (و) بدل (أو).

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٢، و«منظومة النسفي» لوحة ٥٨/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/أ.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (أ، ج): (بمنعه) بدل (لمنعه).

(٦) في (ب): (فصار) بدل (وصار).

(٧) في (ج): (يثبت) بدل (تثبت).

البراءة بقوله؛ لأنه لو مات [ج/٣١٤ب] ولم يحلف، ثبتت براءته، ولا يحلف وارثه على العلم، وصار كما لو أبرأ الغاصب عن المستهلك، ثم صالحه علىٰ مال، لم يجز، بخلاف ما قاس عليه من دعوى الاستهلاك، وهو ساكت، أو منكر، حيث لا يجوز الصلح؛ لأن الصلح على السكوت والإنكار، يجوز عندنا، وهو[1] بدعوى الاستهلاك يدعي عليه دينًا؛ بسبب يلزمه لو[2] أقرَّ به، فتلزمه اليمين بالإنكار؛ لقطع الخصومة، لا لنفي التهمة؛ ولهٰذا لا يسقط بموته؛ حتىٰ يجب تحليف ورثته على العلم[3].

أثر مصالحة بائع العبد
مشتريه على البراءة من كل عيب، قبل القبض

قال: (ويمنع[4] الرد بعيب حادث، قبل القبض، بعد صلحه عن إبرائه من كل عيب، وأجازه).

رجل اشترىٰ عبدًا، فصالحه البائع، قبل القبض، علىٰ أن أبرأه من كل عيب[5]، ثم حدث به عيب، قبل القبض، بعد الصلح. قال أبو يوسف

(١) لفظ: (هو) غير موجود في (ج).
(٢) في (ب): (ولو) بزيادة الواو.
(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٤٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٠-٥١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/ب.
(٤) في (ب): (يمتنع) بدل (يمنع).
(٥) من قوله: (وأجازه، رجل اشترىٰ عبدًا...) إلىٰ قوله: (علىٰ أن أبرأه من كلِّ عيب) غير موجود في (ب، ج).

رَحِمَهُ ٱللَّهُ: [ب/٢٤٣أ] لا يملك المشتري رده بذلك العيب[١]؛ لأن للقبض بحكم البيع شبهًا بعقد البيع؛ ألا ترىٰ أن للمشتري الرد به عند القبض، كما يملك الرد بالموجود عند البيع، فيكون العيب الحادث، قبل القبض، كالموجود عند العقد، ولو كان العيب موجودًا عند العقد[٢]، وقد شرط البراءة من كل عيب، لم يملك رده؟ فكذا هاهنا. وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يملك ردّه به[٣]؛ لأن هٰذا العيب لم يكن حال وجود البراءة، فلا تنتظمه البراءة، ولو جعلت البراءة في حقه معلقة بحدوثه[٤]، لبطلت؛ لأن تعليق البراءة بالشرط[٥] لا يجوز، كما لو علقها بقدوم زيد؛ لما فيها من معنى التمليك؛ ولأن الإبراء إسقاط لحقه في الرد بالعيب؛ فينصرف إلى الموجود، دون ما سيحدث، كالإبراء عن الديون[٦]؛ عملًا بظاهر اللفظ، إلَّا أن أبا يوسف ٱعتبر الغرض- وهو إلزام العقد- ولا يتم إلَّا بصرف الإبراء إلى الكل، فجعله[٧] مجازًا عن إيقاع العقد لازمًا؛ تحقيقًا لغرضه[٨].

---

(١) «منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٨/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٢١.

(٢) عبارة: (ولو كان العيب موجودًا عند العقد) غير موجودة في (ب).

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (أ): (لحدوثه) وفي (ب): (في حدوثه) بدل (بحدوثه).

(٥) في (أ، ب): (بالشروط) بدل (بالشرط).

(٦) في (أ): (الدين) بدل (الديون).

(٧) في (ب): (فصار) بدل (فجعله).

(٨) ينظر المراجع السابقة.

فصل في المصالحة في الدين[١]، والتوكيل به[٢]، والتبرع[٣]

المصالحة عن الدين المؤجل، والحال

قال: (وإذا صولح عن دين ببعضه، صح، ولم يكن معاوضة، بل ٱستيفاءًا لبعضه، وإسقاطًا للباقي، كمن صالح عن ألف علىٰ خمسمائة، أو عن ألف جياد بخمسمائة زيوف، أو عن حالة بمثلها مؤجلة، لا عن دراهم بدنانير مؤجلة، ولا عن ألف مؤجّل[٤] بخمسمائة حالّة، ولا عن ألف سود بخمسمائة بيض).

الصلح عما ٱستحق بعقد المداينة، أخذ لبعض الحق، وإسقاط للباقي.
مثاله: رجل له علىٰ آخر ألف درهم، فصالحه عنها علىٰ خمسمائة، جاز، ولا يُجعل ذلك معاوضةً، بل يجعل مستوفيًا نصف حقه، ومبرئًا له عن النصف الآخر؛ لأن تصرف العاقل المسلم يصان عن الإلغاء، ويُصحَح ما أمكن، وفي جعله معاوضةً ربًا، فلا يصح، وفيما ذكرناه يصح؛ فيصار إليه. ولو صالحه علىٰ خمسمائة زيوف، جاز- أيضًا، ويجعل إسقاطًا لحقه في البعض والصفة، ولو صالحه عن ألف حالّة علىٰ ألف

(١) في (أ، ب): (الديون) بدل (الدين).
(٢) لفظ: (به) غير موجود في (ب).
(٣) قال العيني في «المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٢٢: (لما بيَّن أحكام الصلح في العين، شرع في بيان أحكامه في الدين، وغير ذلك من مسائل بابه).
(٤) عبارة: (ولا عن ألف مؤجلة) غير موجودة في (ج).

مؤجلة، جاز، ويجعل كأنه أجل نفس الحق؛ لأن[١] جعله معاوضة يفضي إلى الربا؛ لأن بيع الدراهم بمثلها، نسيئةً، لا يجوز؛ فحملناه علىٰ تأخير نفس الحق، وهٰذِه الحقوق كلها له؛ فيتمكن من إسقاطها، ولو صالحه علىٰ دنانير [جـ/٣١٥أ] مؤجلة عن الدراهم،لم يجز؛ لأن الدنانير ليست مستحقة بعقد المداينة؛فلم يمكن حمل التأجيل علىٰ تأخير نفس الحق، وتعين حمله على المعاوضة، فلا يجوز؛ لأن بيع الدراهم بالدنانير، نسيئةً، لا يجوز؛ فلم يصح الصلح، ولو كان له عليه ألف مؤجلة، فصالحه منها علىٰ خمسمائة حالّة، لم يجز؛ لأنه ٱعتياض عن الأجل، فلا[٢] يجوز[٣]؛ لأن المعجلة خير من المؤجلة؛ فيكون التعجيل بإزاء ما حط عنه، فلا يصح، ولو صالحه عن ألف سود بخمسمائة بيض [أ/٢٠٦ب] لم يجز؛ لأن البيض غير الحق المعقود عليه، وهي زائدة في الوصف، فيكون معاوضة الألف بخمسمائة، وزيادة وصف، وأنه ربًا، بخلاف ما لو صالح علىٰ مقدار الدين، وهو أجود منه؛ لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا ٱعتبار بالوصف؛ لأنه ساقط الأعتبار، عند ٱستواء المقدار، ويشترط فيه التقابض في المجلس؛ تحرزًا عن الربا[٤].

---

(١) في (جـ): (لأنه) بدل (لأن).

(٢) في (ب): (ولا) بدل (فلا).

(٣) من قوله: (لأن بيع الدراهم بالدنانير...) إلىٰ قوله: (اعتياض عن الأجل؛ فلا يجوز) غير موجود في (جـ).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٦٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٣، و«الهداية» ٣/ ١٩٧-١٩٨، و«الاختيار» ٣/ ٨-٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤١-٤٢، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٠-٤٠١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٥-٣١٦.

المصالحة على أنه إذا أدى له غدًا كذا، فهو بريء من الباقي

قال: (ولو قال: أدِّ إليّ غدًا خمسمائة، علىٰ أنك بريء من الباقي، يحكم ببراءته، مطلقًا، وقالا: إن نقد في غدٍ، وإلا عادت الألف).

رجل له علىٰ آخر ألف درهم، فقال له: أدِّ إليَّ غدًا خمسمائة، علىٰ أنك بريء من الباقي، فإن أدىٰ بريء بالاتفاق[1]، وإن لم يؤد غدًا: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يعود عليه الألف. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعود[2]؛ لأن الإبراء الصادر منه إبراء مطلق؛ لأنه جعل الأداء عوضًا، حيث ذُكر بكلمة «عليَّ» وهي مستعملة في المعاوضات، والأداء نفسه[3] مستحق عليه، فلا يصلح عوضًا، فبقي الإبراء مطلقًا عن الشرط، فلا يعود، كما لو بدأ بالإبراء.

ولهما: أنه إبراء مقيد بالشرط، فيفوت بفواته[4]، والأداء في الغد يصلح عوضًا؛ لأنه قد يحذر عن [ب/٢٤٣ب] إفلاسه، أو يعاجل تجارة أو ربحًا، وكلمة «علي» تحتمل الشرط؛ لوجود معنى المقابلة، فيحمل عليه؛ تصحيحًا لتصرفه، أو للتعارف، والإبراء يتقيد بالشرط، وإن كان لا يتعلق به، كما في الحوالة.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٠٠، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤/١٩٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٤٧/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/٤٤، و«الهداية» ٣/١٩٨، و«تبيين الحقائق» ٥/٤٣، و«مجمع الأنهر» ٢/٣١٦.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ب): (بنفسه) بدل (نفسه).

(٤) في (ب، ج): (لفواته) بدل (بفواته).

قال صاحب «الهداية»: والمسألة علىٰ وجوه[١]:

أحدها: هٰذه.

والآخر: إذا قال: صالحتك من الألف علىٰ خمسمائة تدفعها إليَّ غدًا، وأنت بريء من الفضل، علىٰ أنك إن لم تدفعها غدًا فالألف عليك بحالها، فالجواب علىٰ ما قال أبو يوسف ﷺ؛ لأنه أتىٰ بصريح التقييد؛ فيعمل به.

والثالث: إذا قال: أبراتك عن خمسمائة من الألف، علىٰ أن تعطيني الخمسمائة غدًا، فالإبراء فيه واقع، أعطى الخمسمائة أو لم يعط؛ لأنه أطلق الإبراء أولًا، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضًا، مطلقًا، ولكنه يصلح شرطًا؛ فوقع الشك في تقييده بالشرط، فلا يتقيد به بخلاف ما إذ بدأ بالخمسمائة؛ لأن الإبراء حصل مقرونًا به، فمن حيث أنه لا يصلح عوضًا، يقع مطلقًا، ومن حيث إنه يصلح شرطًا، لا يقع مطلقًا، فلا يثبت الإطلاق بالشك؛ فافترقا.

والرابع: إذا قال: أدِّ إليَّ خمسمائة، علىٰ أنك بريء من الفضل، ولم يؤقت للأداء وقتًا.

وجوابه: أنه يصح الإبراء، ولا يعود الدين؛ لأن هٰذا إبراء مطلق؛ لأنه لما[٢] لم يؤقّت للأداء وقتًا[٣]، لا يكون الأداء غرضًا[٤] صريحًا؛ لأنه واجب عليه في سائر الأزمان[٥]، فلم يتقيد به، بل حمل على

---

(١) في (أ): (أوجه) بدل (وجوه) والذي في «الهداية» هو ما أثبتُّه.

(٢) لفظ: (لما) غير موجود في (ج).

(٣) لفظ: (لا) غير موجود في النسخ المقابلة، والمثبت من «الهداية».

(٤) في النسخ المقابلة: (عوضًا) بدل (غرضًا) والمثبت من «الهداية».

(٥) في (ج): (الأمم) بدل (الأزمان).

المعاوضة، ولا يصلح عوضًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن الأداء في الغد فيه غرض صحيح. [جـ/ ٣١٥ب]

والخامس: إذا قال: إن أديت إليَّ خمسمائة؛ أو قال: إذا أدَّيت، أو متىٰ أدَّيت.

والجواب فيه: أنه لا يصح الإبراء؛ لأنه علّقه بالشرط صريحًا، وتعليق البراءة بالشروط باطل؛ لما فيها من معنى التمليك، حتىٰ يرتد بالرد، بخلاف ما تقدم؛ لأنه ما أتىٰ بصريح الشرط؛ فحمل على التقييد به)[1].

الصلح عن مائة وعشرة دنانير، بمائة وعشرة دراهم، على أن ينقده خمسين، ويؤجل الباقي

قال: (ولو كان له عليه مائة درهم، وعشرة دنانيرٍ، فصالحه علىٰ مائة وعشرة دراهم[2]، علىٰ أن ينقده خمسين، ويؤجل الباقي، فنقدها، قبل التفرق، يجيزه[3]، وخالفه[4]).

لمحمد رحمه الله: أن الخمسين المعجلة إن كانت شائعة في الكل، اقتضىٰ

(١) «الهداية» ٣/ ١٩٨-١٩٩. وينظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٤-٤٥، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٦-٣١٧.

(٢) في (جـ): (درهم) بدل (دراهم).

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٦١، ٢١/ ٢٨، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٩/أ.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

أن يكون بعض بدل الدنانير مؤجلًا، فيفسد الصرف، وإن اقتضىٰ أن يكون بدل الدنانير معجلًا[١]، فقد شرط في عقد الصرف تعجيل شيء من الدراهم وتأجيل شيء منها، وأنه شرط صفقة في صفقة، فيفسد العقد. ولأبي يوسف ﷺ: أن نقد ما هو بدل الصرف واجبٌ عليه، فيصرف المنقود إليه؛ لأنه الواجب؛ تصحيحًا لتصرفه، وأما اشتراط التعجيل والتأجيل[٢] في الدراهم؛ فليس بشرط، وإنما هو أمر انضم إلى العقد، لا على وجه الشرط، حتىٰ لو صرح بالشرط، فقال: علىٰ أن يكون الباقي مؤجلًا إلىٰ كذا، كان شرطًا مبطلًا للصرف بالأصل[٣].

عدم لزوم الوكيل بالصلح ما صالح عليه إلَّا أن يضمنه

قال: (ولو وكل في الصلح، عن دم عمد، أو دين، ببعضه، فصالح، لم يلزم الوكيل ما صالح عليه، إلَّا أن يضمنه)[٤].

إنما قيد الوكالة بهاتين الصورتين؛ لأن الصلح فيهما إسقاط محض، فيكون الوكيل سفيرًا عن الموكل؛ فلا يضمن؛ كالوكيل بالنكاح، إلَّا أن

(١) في (أ): (متعجلًا) بدل (معجلًا).

(٢) عبارة: (والتأجيل) غير موجودة في (أ).

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ١٦١، ٢١/ ٢٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٩/أ.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٦٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٤، و«الهداية» ٣/ ١٩٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٤.

يضمنه، فيؤاخذ- حينئذ- بعقد الضمان، لا بعقد الصلح، ولو كان الصلح عن مال بمال[١]، كان بمنزلة البيع علىٰ ما مر[٢]، فترجع الحقوق إلى الوكيل، فيكون هو المطالب بالمال دون الموكل، وهٰذا التأويل ذكره صاحب «الهداية»[٣].

أنواع الصلح عن الغير، بغير أمره، وحكم كل نوع

قال: (ولو تبرع به، عنه، فإن صالح[٤] بمال، وضمنه، أو قال: عليَّ ألف، وسلَّمها، أو عليَّ ألفي هٰذِه، أو عليَّ هٰذِه الألف، صح، ولزمه تسليمها، وإن قال: عليَّ ألف، توقف علىٰ إجازة المدعىٰ عليه).

إذا صالح عنه رجل، بغير أمره، فهو علىٰ وجوه:

الأول: إذا صالح بمال، وضمن ذلك المال، صح الصلح.

والثاني[٥]: إذا سمى الألف، وسلمها.

والثالث: إذا نسب المال إلىٰ مال[٦] نفسه، فقال: [١/٢٠٧أ] ألفي هٰذِه.

---

(١) في (أ، ج): (بمال عن مال) بدل (عن مال بمال).

(٢) صحيفة ص١٩٠٢.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٩٦، وينظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٤، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٧.

(٤) في (أ): (صالحه) بدل (صالح).

(٥) في (ب): (الثاني) بدون الواو.

(٦) لفظ: (مال) غير موجود في (أ).

والرابع، وهو زائد علىٰ ما قاله القدوري[1]: إذا أشار إليها، وفي هٰذِه الصور يصح الصلح، ويلزمه تسليم المال، ولا يرجع بشيء منه على المدعىٰ عليه[2].

والخامس: إذا قال: صالحتك علىٰ ألف، ولم يشر إليها، ولم ينسبها إلىٰ نفسه، فإن الصلح موقوف علىٰ إجازة [ب/٢٤٤أ] المدعىٰ عليه، فإن أجازه، جاز، وإن رده، بطل، أما[3] الجواز؛ فإنه بالضمان، وتسليم المال، وإضافته إلىٰ نفسه، التزم تسليمه، فيلزمه، وكان أصيلًا في الصلح، والحاصل للمدعىٰ عليه ليس إلَّا البراءة، ولا ضرر عليه فيه؛ فيصح، ولا يرجع[4] على المدعىٰ عليه بشيء؛ لأنه متبرع، وصار كالكفالة بغير أمر المديون[5].

والصورة الرابعة: [ج/٣١٦أ] ذكرها صاحب «الهداية» وهي: (صالحتك علىٰ هٰذِه الألف، أو علىٰ هٰذا العبد، ولم ينسبه إلىٰ نفسه)[6].

ووجه الجواز: أنه لما عين المال للتسليم، صار شارطًا سلامته له؛ فيتم بقوله، ولو ٱستحق ذلك العبد، أو وجد به عيبًا، فرده به، لم يرجع

---

(١) فلم يذكره رحمه الله في مختصره المعروف بـ«الكتاب». ينظر: «الكتاب» ٢/ ١٦٧.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٥٢، و«الهداية» ٣/ ١٩٦-١٩٧، و«الاختيار» ٢/ ٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٠-٤١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٩/ أ، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٩٩-٤٠٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٤.

(٣) في (ج): (ما وجوده) بدل (أما).

(٤) في (أ، ب): (لا يعود) بدل (لا يرجع).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٦٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٥٢، و«الهداية» ٣/ ١٩٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٠-٤١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٤.

(٦) «الهداية» ٣/ ١٩٧.

على المصالح بشيء؛ لأنه لم[١] يلتزم الإيفاء إلَّا من[٢] محل معين بالإشارة، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم لم يرجع بشيء، بخلاف ما إذا صالح علىٰ دراهم مسماة، وضمنها، أو دفعها، ثم ٱستحقت، أو وجدها[٣] زيوفًا حيث يرجع عليه؛ لأنه جعل نفسه أصيلًا في حق الضمان؛ ألا ترىٰ أنه يجبر على التسليم، فإذا لم يسلم له ما سماه، وسلمه، رجع عليه ببدله؟

وأما الصورة الخامسة، فإنما توقف على الإجازة؛ لأن الأصيل في عقد الصلح المدعىٰ عليه؛ لأن دفع الخصومة عنه بالصلح حاصل له؛ فيكون أصيلًا فيه، إلَّا أن الفضولي لما أضاف الضمان إلىٰ نفسه جعل نفسه أصيلًا فيه؛ فإذا أطلق المال: ولم يضفه إلىٰ نفسه، كان عاقدًا عمن هو الأصيل في العقد؛ فيتوقف علىٰ إجازته[٤]. والله أعلم.

---

(١) في (أ): (لو لم) بزيادة (لو).

(٢) في (أ): (في) بدل (من).

(٣) في (ج): (ووجدها) بدل (أو وجدها).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٥٢، و«الهداية» ٣/ ١٩٦-١٩٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٠-٤١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٩/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٤، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٧.

فصل في الدين المشترك، والتخارج[1]

مصالحة أحد الشريكين في دين،

من نصيبه المديون، على ثوب، ونحوه

قال: (ولو صالح أحد الشريكين، من نصيبه، علىٰ ثوب، فإن شاء شريكه أتبع المديون بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب، إلَّا أن يضمن له ربع الدين)[2].

الدين المشترك: أن يكون واجبًا، بسبب متحد، كثمن المبيع، وكالموروث، وكقيمة العين المستهلكة، ونحو ذلك.

وصورة المسألة: أن الشريكين في دين، إذا صالح أحدهما المديون، من نصيبه، علىٰ ثوب، فشريكه الآخر بالخيار: إن شاء أتبع الذي عليه الدين، بنصف الدين، وإن شاء أخذ من شريكه نصف الثوب، إلَّا أن يضمن له ربع الدين، والأصل أن الدين المشترك- مهما قبض منه- يكون على الشركة؛ لأن المقبوض يزداد بالقبض؛ لأن الدين وصف قائم بالذمة، وإنما يصير مالًا؛ باعتبار عاقبة القبض، وهٰذِه الزيادة ترجع إلىٰ أصل الحق؛ فتكون بمنزلة الثمرة والولد، وللشريك حق المشاركة، إلَّا أنه قبل المشاركة، المقبوض باق علىٰ ملك القابض، حتىٰ ينفذ فيه

---

(١) التَّخارج: تفاعل من الخروج، وهو مصالحة بين الورثة، علىٰ إخراج بعضهم، من الميراث، بشيء معلوم، من التركة.
«العناية على الهداية» ٨/ ٤٣٩، و«التعريفات» ص٨٠، و«البناية في شرح الهداية» ٩/ ٤٧، و«نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» ٨/ ٤٣٩، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص١٦٤.

(٢) في (ب): (الثوب) بدل (الدين).

تصرفه، ويضمن لشريكه حصته؛ لأن الدين غير العين حقيقة، وهو مقبوض في يده، بدلًا عمَّا له من الحق في الذمة؛ فيملكه.

إذا تمهد هٰذا الأصل قلنا: الشريك الآخر إن شاء ٱتبع المديون، بنصف الدين؛ لأن حقه باق في ذمته، وإنما له حق المشاركة، فيما قبضه شريكه، وإن شاء أخذ نصف[1] الثوب، من شريكة؛ لأن له حق المشاركة فيه، إلَّا أن يضمن له شريكه ربع الدين؛ لأن حقه في ذلك[2].

إذا استوفى أحد الشريكين في الدين، نصف نصيبه

قال: (ولو ٱستوفىٰ أحدهما نصف نصيبه، شَرَكَهُ[3] الآخر فيه، ثم يرجعان بالباقي).

أما المشاركة في القدر المقبوض؛ فلما قررناه[4][5]. وأما الرجوع بالباقي؛ فلاستلزام ٱشتراكِهما في المقبوض ٱشتراكَهما في الباقي؛

---

(١) من قوله: (من شريكه نصف الثوب، إلَّا أن يضمن....) إلىٰ قوله: (وإن شاء أخذ نصف) غير موجود في (ج).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٦٨، و«المبسوط» ٢١/ ٤٠-٤١، و«الهداية» ٣/ ١٩٩، و«الاختيار» ٣/ ١٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٥، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٧.

(٣) شَرَكَهُ: شاركه. «الهداية» ٣/ ١٩٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٦، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٢، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٦٨.

(٤) في (أ): (قررنا) بدل (قررناه).

(٥) في المسألة السابقة.

فيتمكنان جميعًا من الرجوع به، علىٰ غريمهما[١].

شراء أحد الشريكين في الدين بنصيبه، سلعةً

قال: (ولو اشترىٰ بنصيبه[٢] سلعة ضمَّنَهُ الآخر ربع الدين).

لأنهما لما تقاصّا بالدين، وثمن السلعة، صار قابضًا حقه كَمَلًا[٣]؛ من حيث إن مبنى المبايعة على المماكسة، بخلاف الصلح؛ لأن مبناه على المسامحة، فلو ألزمناه ربع الدين يلحقه الضرر، فيخير[٤] القابض؛ كما مرَّ[٥]، وليس للشريك حق، في الثوب المشترىٰ، ولا مشاركة؛ لأنه مملوك للشريك؛ بعقد البيع، وللشريك أن يتبع المديون، في هٰذِه الصور[٦] كلها؛ لبقاء حقه في ذمته؛ لأن الشريك استوفىٰ نصيبه، حقيقة، لكن له حق المشاركة، فيما استوفىٰ.

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٦٨، و«الهداية» ٣/ ١٩٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٦، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٣٢-١٣٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٢.

(٢) في (ج): (بنصفه) بدل (بنصيبه).

(٣) لفظ (كملًا) غير موجود في (ب، ج). وَكَمَلًا: أي: كاملًا وافيًا، من غير نقصان. «مختار الصحاح» ص٥٧٩، مادة (كمل) و«المصباح المنير» ٢/ ٥٤١، مادة (كمل) و«القاموس المحيط» ص٩٥٠، مادة (كمل) و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٩٨، مادة (كمل).

(٤) في (ج): (فيتخير) بدل (فيخير).

(٥) في صحيفة / ١٩٨٠-١٩٨١.

(٦) في (ج): (الصورة) بدل (الصور).

ولو سلم الشريك لشريكه ما قبضه، من الديون، ولم[١] يشاركه فيه، ثم توىٰ ما[٢] على الغريم، كان له حق المشاركة، فيما قبض، بعد التسليم؛ لأنه لم يرض[٣] بالتسليم، إلَّا ليسلم له ما في ذمة الغريم، فإذا لم يسلم، عاد حقه [ج/٣١٦ب] في المشاركة [ب/٢٤٤ب] في المقبوض[٤].

إتلاف أحد الشريكين في الدين، مالًا، للمدين، يساوي نصيبه

قال: (ولو أحرق أحدهما على المديون ثوبًا، فتقاصًّا، يمنع شريكه، من الرجوع بحصته، وخالفه).

رجلان باعا زيدًا ثوبًا، بمائة درهم، ثم إن أحدهما أحرق لزيد ثوبًا، يساوي خمسين درهمًا، ووقعت المقاصة، بينه وبين زيد، في قيمة الثوب، ونصف الدين.

قال أبو يوسف رحمه الله: لا يكون لشريكه أن يرجع عليه بخمسة وعشرين[٥].

---

(١) في (ج): (لما) بدل (لم).

(٢) في (ج): (عما) بدل (ما).

(٣) في (ب): (يؤمر) بدل (يرض).

(٤) «الكتاب» ٢/١٦٨، و«الهداية» ٣/١٩٩-٢٠٠، و«تبيين الحقائق» ٥/٤٦-٤٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/٤٠٢، و«مجمع الأنهر» ٢/٣١٧-٣١٨.

(٥) «المبسوط» ٢١/٤٠، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٦/أ، و«الهداية» ٣/٢٠٠، و«تبيين الحقائق» ٥/٤٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٩/ب.

وقال محمد رحمه الله: له الرجوع[(١)]؛ لأنه سلم له نصف الدين المشترك بينهما، حيث قضىٰ به ما وجب عليه، من قيمة الثوب الذي أحرقه؛ فينزل منزلة القابض له، ولو قبض [أ/٢٠٧ب] نصف الدين، ودفعه فيما وجب عليه، له الرجوع، كذا هٰذا.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه لم يحصل في يده شيء؛ بهٰذِه المقاصة، فيتضرر؛ بالمقاصة، فوق ضرره؛ بما لو حصل له شيء، من الدين، فينتفي بالنافي للضرر، وينزل منزلة ما لو جنىٰ علىٰ زيد جناية، توجب الأرش في ماله، فوقعت[(٢)] المقاصة بينهما في الأرش، ونصف الدين، ولو كان له عليه دين، من قبل، فوقعت المقاصة بينهما، لم يرجع عليه شريكه- إجماعًا[(٣)]؛ لأنه[(٤)] في هٰذِه الصورة قاضٍ، لا متقاضٍ. وكذلك لو أبرأه من نصيبه؛ لأنه متلف، وليس بقابض[(٥)]. ولو أضر أحدهما عن نصيبه، صح، عند أبي يوسف رحمه الله؛ ٱعتبارًا له بالإبراء المطلق، ولا يصح، عندهما؛ لاستلزام ذلك قسمة الدين، قبل القبض[(٦)].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (أ، ج): (ووقعت) بدل (فوقعت).

(٣) «المبسوط» ٢١/ ٤٠، و«الهداية» ٣/ ٢٠٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٦٩/ب، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٨.

(٤) في (ج): (لأن) بدل (لأنه).

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) «الهداية» ٣/ ٢٠٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٨، و«بدر المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ٣١٨.
وقال الشلبي في «حاشيته علىٰ تبين الحقائق» ٥/ ٤٧: (قال الإتقاني رحمه الله: ٱعلم أن ذكر الخلاف علىٰ هٰذا الوجه فيه نظر؛ لأن قول محمد مع أبي يوسف، في سائر الكتب، لا مع أبي حنيفة). ا.هـ

مصالحة أحد الشريكين في السلم، من نصيبه، على رأس المال

قال: (ولو صالح أحد الشريكين في سلم، من نصيبه، علىٰ رأس المال، يجيزه، ومنعناه).

إذا كان السلم بين شريكين، فصالح أحدهما من نصيبه، علىٰ رأس المال، فالصلح جائز- عند أبي يوسف[1] رحمه الله؛ لأنه دين مشترك، فإذا صالح أحدهما علىٰ حصته، جاز؛ كسائر الديون، وقالا: لا يجوز الصلح[2][3]؛ لأنه يستلزم جواز[4] قسمة[5] الدين في الذمة، وأنه لا يجوز، وسائر الديون ليست كذلك؛ فاتضح الفرق.

وهٰذا بخلاف ما لو أبرأه[6] أحدهما من[7] نصيبه؛ لأن ذلك ليس[8]

قلت: السرخسي رحمه الله، في «المبسوط» ٢١/ ٣٩، ذكر قول محمد مع أبي يوسف. وقال داماد أفندي في «مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٨: (وفي النهاية: ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب؛ حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل؛ لجواز أن يكون المصنف قد أطلع علىٰ رواية لمحمد مع الإمام) ا.هـ

(١) «الكتاب» ٢/ ١٦٩، و«الهداية» ٣/ ٢٠٠، و«الاختيار» ٣/ ١٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٤٨-٤٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٨.

(٢) من قوله: (دين مشترك، فإذا...) إلىٰ قوله: (... وقالا: لا يجوز الصلح) غير موجود في (ج).

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) لفظ: (جواز) غير موجود في (ج).

(٥) في (ج): (قيمة) بدل (قسمة).

(٦) في (أ): (أبرأء) بدل (أبرأه).

(٧) في (ب): (عن) بدل (من).

(٨) لفظ: (ليس) غير موجود في (ج).

بقسمة الدين، وإنما هو إسقاط حق[١].

مصالحة ورثة العقار، أو العروض، أو المال، أحدهم بمال؛ ليخرجوه من التركة

قال: (ولو صالح الورثة أحدهم، فأخرجوه من التركة، وهي عقار، أو عروض، بمال، جاز- قليلًا كان أو كثيرًا، وإن كانت فضة، فأعطوه ذهبًا، أو بالعكس، جاز مطلقًا، وإن ٱشتملت على النقود، وغيرها، فصالحوه علىٰ نقد، زادوه علىٰ نصيبه من ذلك النقد).

هٰذِه ثلاث[٢] مسائل:

الأولىٰ: إذا كانت التركة بين جماعة، وهي عقار، أو عروض، فأرادوا إخراج واحدٍ منهم عن التركة، فصالحوه علىٰ مال، أعطوه إياه، جاز، قليلًا كان ما أعطوه من المال أو كثيرًا؛ لأنه بيع في المعنىٰ[٣].

وروي[٤]: (أن عثمان ﷺ، صالح تماضر الأشجعية[٥]، ٱمرأة

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) لفظ: (ثلاث) غير موجود في (ج).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٦٩، و«الهداية» ٣/ ٢٠٠، و«لاختيار»٣/ ١٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٠، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٣٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٨-٣١٩.

(٤) في (أ): (روي) بدون الواو.

(٥) هي: تُماضِر بنت الأَصْبَغ بن عمرو بن ثعلبة بن حصن بن كلب، وهي أول كلبية نكحها قرشي، وهو عبد الرحمن بن عوف ﷺ، ولم تلد له غير أبي سلمة،

عبد الرحمن بن عوف[١] ﷺ عن ربع الثمن، علىٰ ثمانين ألف دينار)[٢].

وهو عبد الله، وكان عبد الرحمن قد طلقها ثلاثًا، طلقة واحدة في مرضه، وهي آخر طلاقها، وهي تمام الثلاث، فورّثها عثمان ﷺ، من زوجها عبد الرحمن بن عوف، بعد وفاته، وبعد انتهاء العدّة، ثم تزوجها الزبير بن العوام، فلم تلبث عنده إلّا يسيرًا، حتىٰ طلقها.

«الطبقات الكبرىٰ» ٣/ ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، و«تهذيب الأسماء واللغات» ٢/ ٣٣٣-٣٣٤، و«الإصابة» ١/ ١١١، ٨/ ٣٣ .

(١) هو: عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحرث بن زهرة الزهري، القرشي، أبو محمد، المولود قبل الهجرة بأربع وأربعين سنة، صحابي جليل، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وكان من الأجواد الشجعان العقلاء، شهد بدرًا، وأحدًا، والمشاهد كلها، ومناقبه أكثر من أن تحصر، مات سنة (٣٢هـ).

«الطبقات الكبرىٰ» ٣/ ١٢٤-١٣٧، و«العبر» ١/ ٢٤، و«الإصابة» ٤/ ١٧٦-١٧٨، و«تهذيب التهذيب» ٦/ ٢٤٤-٢٤٦، و«التقريب» ص٣٤٨، و«شذرات الذهب» ١/ ٣٨، و«الأعلام» ٣/ ٣٢١.

(٢) «مصنف عبد الرزاق» ٨/ ٢٨٩، رقم (١٥٢٥٦) كتاب البيوع، باب المرأة تصالح عن ثمنها ، و«السنن» لسعيد بن منصور ٣/ ٢/ ٦٦-٦٧، رقم (١٩٥٩) و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي ٦/ ٦٥، كتاب الصلح، باب صلح المعاوضة، وأنه بمنزلة البيع، يجوز فيه ما يجوز في البيع، ولا يجوز فيه ما لا يجوز في البيع، بألفاظ متقاربة.

قال ابن حزم في «المحلىٰ» ص٥٠٠: (اضطربت رواية الثقات عن عثمان ﷺ، فروي أنه لم يورثها إلّا في العدة، وروي أنه ورثها منه، بعد العدة، ولا شك في أن إحداهما وهم، لا ندري أيتهما هي؟ ولا يجوز الحكم بقضية، قد صح الوهم فيها، فلا يدرىٰ كيف وقعت؟).

وقال النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» ٢/ ٣٣٤: (هٰذا لا يصح الاستدلال به؛ فإن ابن الزبير ﷺ خالف عثمان في ذلك، وإذا اختلف الصحابة لم يكن قول بعضهم حجة).

وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١١٢: (غريب بهٰذا اللفظ).

وقل ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٨٠: (لم أجده هكذا).

الثانية: إذا كانت التركة فضة، فصالحوه من نصيبه علىٰ ذهب، أو كانت التركة ذهبًا، فصالحوه علىٰ فضة، جاز الصلح، قليلًا كان ما أعطوه أو كثيرًا؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس؛ فلا يعتبر التساوي، ولكنه يعتبر التقابض في المجلس؛ تحرزًا عن الربا.

الثالثة: إذا كانت التركة ذهبًا، وفضة[١]، وثيابًا [جـ/٣١٧أ] وعقارًا، وغير ذلك، فصالحوه علىٰ فضة، أو علىٰ ذهب، فلابد[٢] أن يكون ما أعطوه من ذلك زائد[٣] علىٰ نصيبه من الفضة، أو الذهب؛ فيكون نصيبه بمثله، والزيادة في مقابلة حقه من بقية التركة؛ ٱحترازًا عن الربا، ولابد من التقابض في المجلس، فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة؛ لأنه صرف في هٰذا القدر[٤]، ولو كان ما أعطوه عرضًا، جاز، مطلقًا؛ لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير، والذي أعطوه دراهم ودنانير، جاز الصلح[٥]- كيف ما كان؛ صرفًا للجنس إلىٰ خلاف الجنس، كما في البيع، لٰكن بشرط التقابض في المجلس؛ تحرزًا عن الربا[٦].

---

(١) في (أ، ج): (فضة، وذهبًا) بتقديم وتأخير.
(٢) في (ج): (ولا) بدل (فلا).
(٣) في (ج): (أكثر) بدل (زائد).
(٤) في (ج): (العقد) بدل (القدر).
(٥) لفظ: (الصلح) غير موجود في (ج).
(٦) «الكتاب» ٢/ ١٦٩-١٧٠، و«الهداية» ٣/ ٢٠٠-٢٠١، و«الاختيار» ٣/ ١٠-١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥٠-٥١، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٣٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٨-٣١٩.

مصالحة الورثة أحدهم، لإخراجه من تركة، فيها ديون، ويكون الدين لهم

قال: (وإن كان فيها ديون، فأخرجوه[١] منها، علىٰ أن يكون الدين لهم، لا يجوز).

لأن في ذلك تمليك الدين[٢] الذي هو حصة المصالح من غيره، وتمليك الدين من غير[٣] من عليه الدين، لا يجوز[٤].

اشتراط الورثة على من أخرجوه من التركة التي فيها ديون، أن يبرأ الغرماء من نصيبه، من الدين

قال: (فإن شرطوا أن يبرأ[٥] الغرماء من نصيبه، جاز).

لأن ذلك إسقاط، أو[٦] تمليك الدين[٧] ممن عليه الدين، وهٰذه حيلة لجواز المصالحة[٨].

---

(١) في (ج): (وأخرجوا).

(٢) لفظ: (الدين) ليس في (ج).

(٣) عبارة: (وتمليك الدين من غير) غير موجودة في (ج).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٧٠، و«الهداية» ٣/ ٢٠١، و«الاختيار» ٣/ ١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥١، و«الدرر الحكام» ٢/ ٤٠٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٩.

(٥) في (ج): (يبرأه).

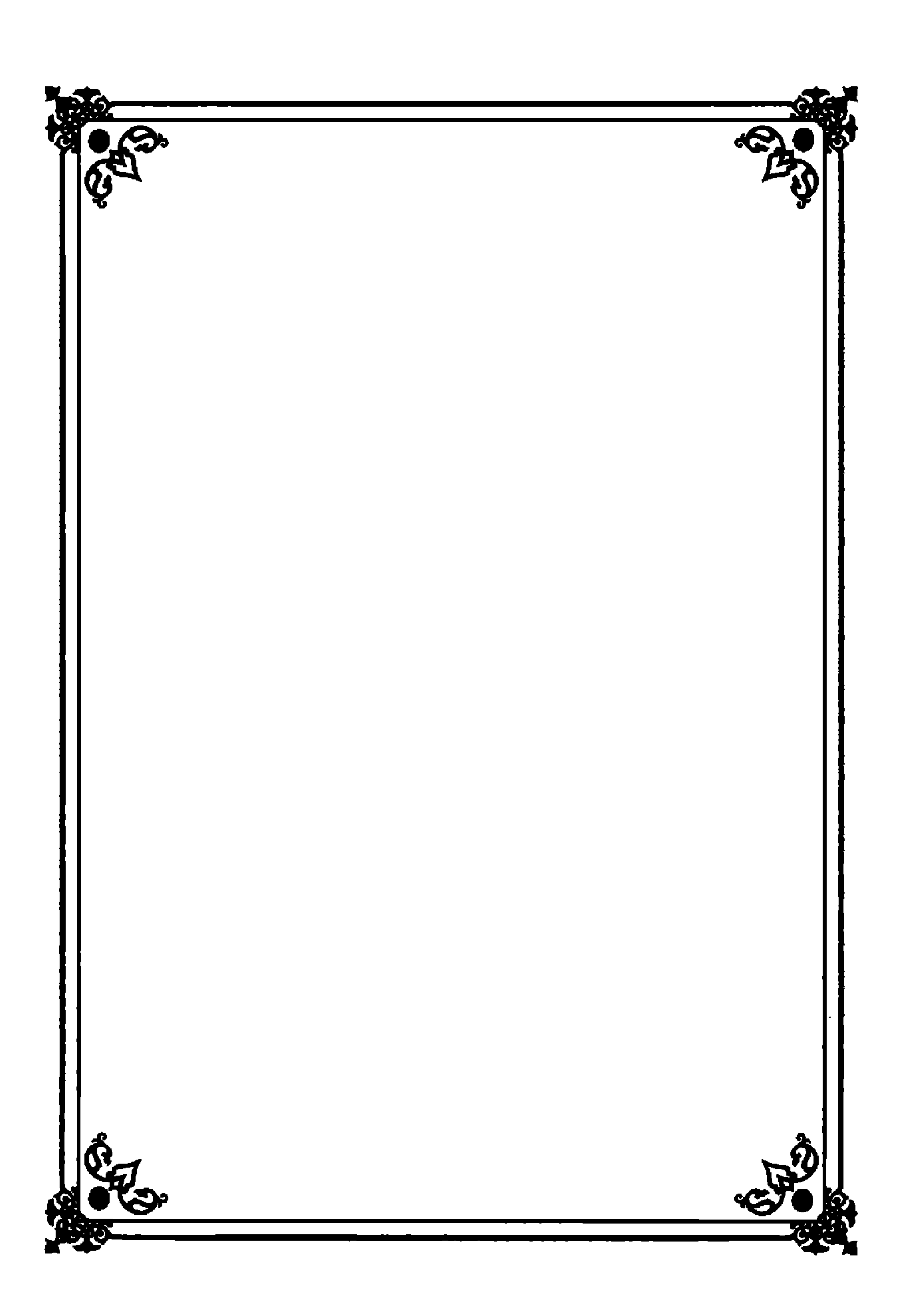
(٦) في (ب): (و) بدل (أو).

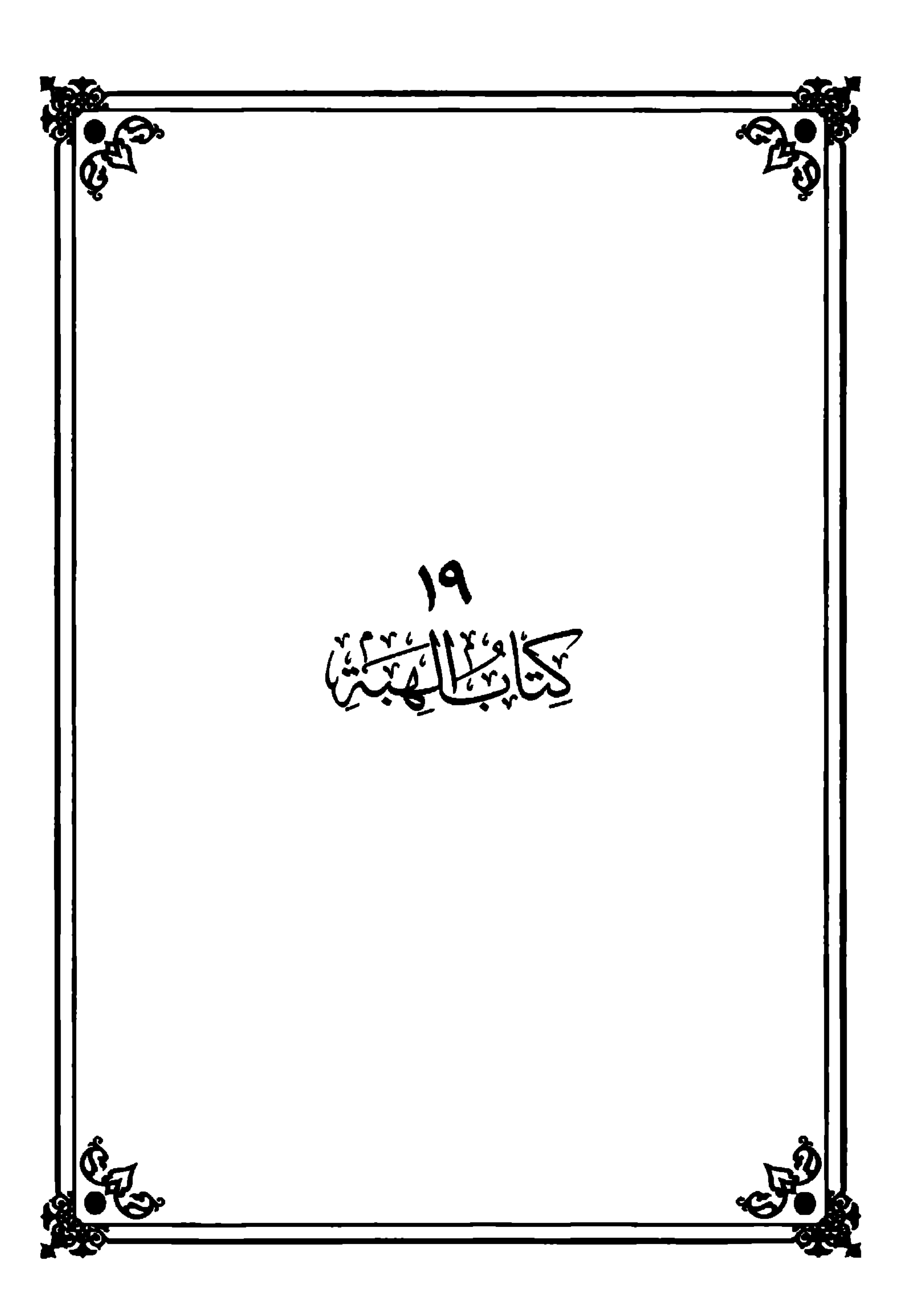
(٧) في (أ): (للدين).

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٧٠، و«الهداية» ٣/ ٢٠١، و«الاختيار» ٣/ ١١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٥١، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٣٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤٠٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣١٩، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٣٣.

والله أعلم[١] بالصواب، والموفق والمعين[٢].

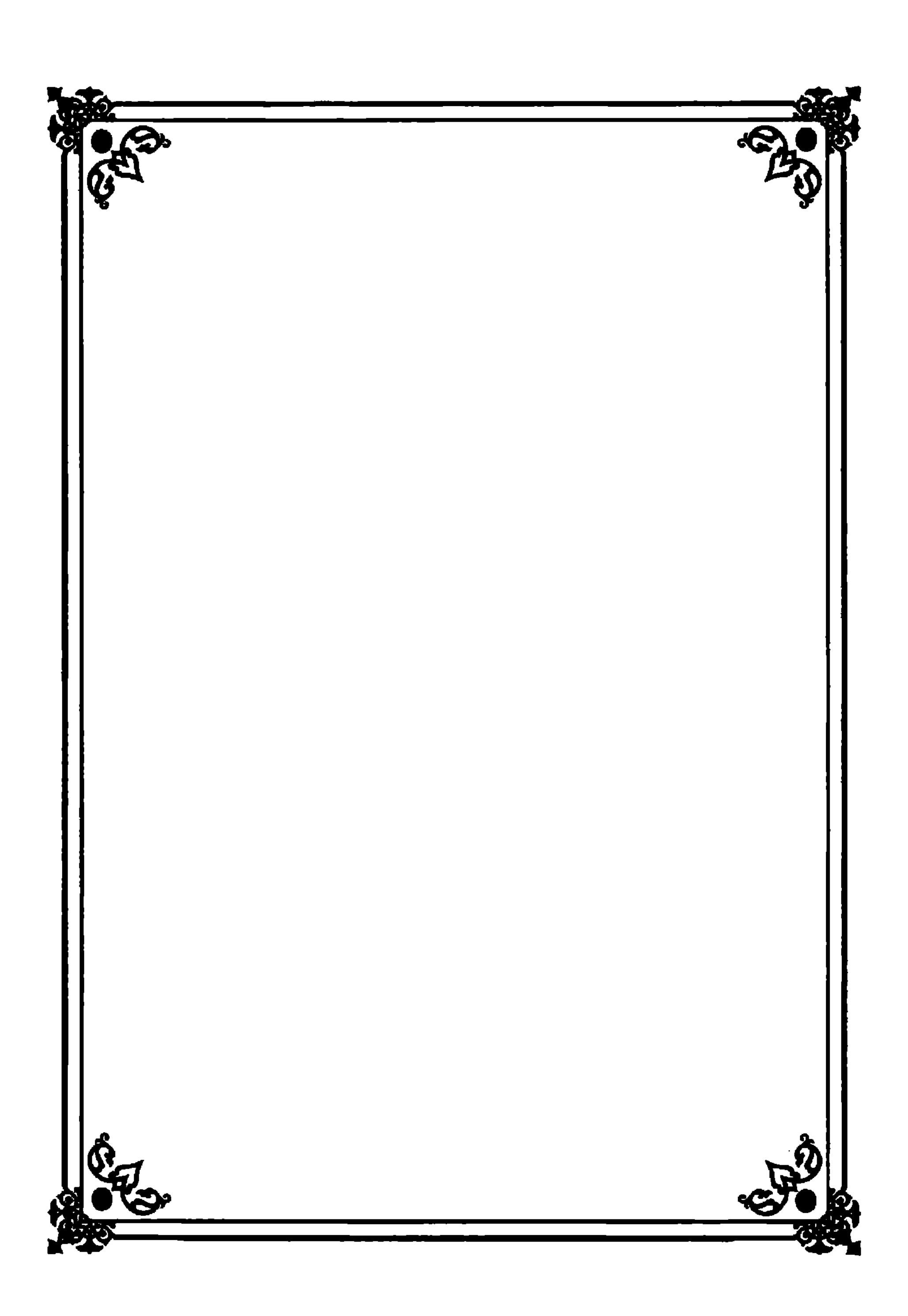
(١) قوله: (والله أعلم) غير موجود في (ج).
(٢) قوله: (بالصواب، والموفق والمعين) غير موجود في (ب، ج).





١٩

كِتَابُ الهِبَةِ



كتاب الهبة[1]

انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول، واشتراط القبض لتملكها

قال [٢٤٥/أ، (ب)]: (وتنعقد بالإيجاب والقبول، وشرطوا القبض للملك)

أما ٱنعقاد الهبة بالإيجاب والقبول؛ فلأنها عقد فيفتقر إلى الإيجاب والقبول، وأما ٱشتراط القبض لملك الموهوب؛ فهو مذهبنا[2][3].

---

(١) قال الميداني في «اللباب شرح الكتاب» ٢/ ١٧٠: (وجه المناسبة لما قبله: مر من أن في الصلح مساعدة لقضاء الحاجة، وكذا في الهبة فتناسبا) أ.هـ.
والهبة لغة: العطية مطلقًا الخالية من الأعواض والأعراض، يقال: وهبت له شيئًا وهْبًا، ووهَبًا، ووهَبًا بإسكان الهاء وفتحها، وهبة، والاسم المَوْهِب، والمَوْهِبَة بكسر الهاء فيهما، والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤال الهبة. «الصحاح» ١/ ٢٣٥، مادة (وهب) و«تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢٤٠، و«لسان العرب» ٣/ ٩٩٠-٩٩١، مادة (وهب) و«الحدود والأحكام الفقهية» ص٩٤، و«المعجم الوسيط» ١٠٥٩/٢، مادة (وهب).
والهبة ٱصطلاحًا: تمليك عين بلا عوض. «تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢٤٠، و«التعريفات» ص٣١٢، و«الحدود والأحكام الفقهية» ص٩٥، و«أنيس الفقهاء» ص٢٥٥، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» ٩٧/٤، و«البهجة» ٢/ ٢٤٠، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٧٣٨، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٢٩١.

(٢) من قوله: (أما ٱنعقاد الهبة بالإيجاب والقبول...) إلىٰ قوله: (ملك الموهوب فهو مذهبنا) غير موجود في (ج).

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ١٣٧/٤، و«الكتاب» ٢/ ١٧١، و«المبسوط» ٤٨/١٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٥، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤، و«الاختيار» ٤٨/٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢١٨/٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٣.

وقال مالك رحمه الله: تملك بمجرَّد العقد كما في البيع[١].

ولنا: أنه عقد تبرع، فلا يثبت الملك قبل القبض؛ لاستلزامه[٢] إلزام المتبرع بما لم يتبرع به[٣]، وهو التسليم، فيتوجه الضمان عليه، وهو متبرع، فلا يصح، ولا تلزم[٤] الوصية[٥]؛ فإن آوان ثبوت الملك فيها بعد الموت، وحينئذ يعدم أهلية المتبرع، فلا يكون فيه إلزام المتبرع[٦].

اشتراط إذن الواهب في قبض الهبة

قال: (فإن قبض في المجلس بغير إذن جاز، لا بعد الأفتراق)

إذا قبض الموهوب له الهبة وهو في مجلس عقد الهبة بغير أمر

---

(١) «المدونة» ٣/٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، و«الموطأ» ٢/٧٥٤-٧٥٥، و«التفريع» ٢/٣١١، ٣١٢، ٣١٣، و«الإشراف على مسائل الخلاف» ٢/٨١، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/٥٢٨، و«المنتقى» ٦/١٠٨، و«المقدمات الممهدات» ٢/٤٠٨، ٤١٠، ٤١٣، و«بداية المجتهد» ٢/٢٤٧، و«قوانين الأحكام الشرعية» ٢/٣٩٩، و«البهجة» ٢/٢٤١.

ملاحظة: القبض عند مالك ﷺ من شروط التمام لا من شروط الصحة.

ينظر: «التفريع» ٢/٣١١، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/٥٢٨، و«المقدمات الممهدات» ٢/٤١٠-٤١٣، و«بداية المجتهد» ٢/٢٤٧، و«قوانين الأحكام الشرعية» ٢/٣٩٩.

(٢) في (ج): (لاستدامة) بدل (لاستلزامه).

(٣) لفظ: (به) غير موجود في (ب، ج).

(٤) في (ج): (يلزم) بدل (تلزم).

(٥) أي: أن الهبة بخلاف الوصية.

(٦) «المبسوط» ١٢/٤٨-٤٩، و«الهداية» ٣/٢٢٤، و«الاختيار» ٢/٤٨، و«تبيين الحقائق» ٥/٩١-٩٢، و«الجوهرة النيرة» ١/٤١٨.

الواهب، يجوز ٱستحسانًا[١].

وأما بعد الٱفتراق؛ فلا يجوز القبض إلا بإذن الواهب[٢].

والقياس أنه لا يجوز في الوجهين؛ لأن ملك الواهب قبل القبض قائم في الموهوب، فالقبض بغير إذنه تصرف في خالص ملكه، فلا يجوز[٣][٤].

ووجه الٱستحسان: أن القبض ملحق بالقبول في باب الهبة، من حيث أن حكم الهبة، وهو الملك متوقف عليه لتوقفه على القبول، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطًا للموهوب له على القبض، ولما كان القبض ملحقًا بالقبول [٢٠٨/أ، (ا)]، والقبول يختص[٥] بالمجلس ويتقيد[٦] به، فكذلك ما ألحق[٧] به، فلم يجز بعد الٱفتراق إلا بإذن، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض، وهو في المجلس؛ لأن الإذن قائمٌ دلالة[٨]، فإذا جاء الصريح ٱنتفت الدلالة[٩].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٧١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٤، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤، و«الاختيار» ٣/ ٤٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٦.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) عبارة: (فلا يجوز) غير موجودة في (أ).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٤، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤، و«الاختيار» ٣/ ٤٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٦.

(٥) في (ج): (مختص) بدل (يختص).

(٦) في (ج): (ينفرد) بدل (يتقيد).

(٧) في (ب): (لحق) بدل (ألحق).

(٨) في (ج): (لدلالة) بدل (دلالة).

(٩) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٤، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤، و«الاختيار» ٣/ ٤٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٤.

ملك الموهوب الهبة بمجرد العقد إذا كانت في يده أصلًا

قال: (وإن كانت في يده، كالمودع، والغاصب، والمستعير؛ ملكها بمجرد الهبة)[١]

لأن القبض إذا كان أمانة فإنه ينوب عن الهبة، وإن كان قبضًا مضمونًا فهو أقوىٰ من قبض الهبة، والأعلىٰ ينوب عن[٢] الأدنىٰ[٣]. والضمير في: (كانت) و(ملكها) للعين الموهوب[٤] التي تدل عليها قرينة الحال، وما دل عليه قوله: (في يده)، فإن المقبوض في اليد لا يكون إلا عينًا، ويجوز إطلاق اسم الهبة على الموهوب مجازًا[٥].

وهٰذِه الجملة من الزوائد.

الألفاظ التي تنعقد بها الهبة

قال: (وتنعقد بوهبت، ونَحَلْت[٦]، وأعطيتُ، وأطعمتك هٰذا

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٧٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٤-٩٥، و«الدرر الحكام» ٢/ ٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٧.

(٢) في (ج): (علىٰ) بدل (عن).

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ج): (الموهوب به) بدل (الموهوبة).

(٥) «المغرب» ٢/ ٣٧٣، مادة (وهب) و«المصباح المنير» ٢/ ٦٧٣، مادة (وهب) و«المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٥٩، مادة (وهب).

(٦) نَحَلْتُ: النَحْلُ: العطية والهبة ابتداء من غير عوض أو استحقاق. يقال: نحله ينحله نُحلًا، بالضم.

«الصحاح» ٥/ ١٨٢٦، مادة (نحل) و«النهاية» ٥/ ٢٩، و«لسان العرب» ٣/ ٥٩٨،

الطعام، وجعلته لك، وأعمرتك، وحملتك علىٰ هٰذِه الدابة إذا نوى الهبة)

أما وهبت؛ فصريح في الباب، و: نحلت؛ مستعمل[(١)] في الهبة؛ قال: قال عليه الصلاة والسلام لبشير[(٢)] والد[(٣)] النعمان[(٤)]: «**أكل ولدك نَحَلْت مثل هٰذا؟**»[(٥)].

والعطية تستعمل بمعنى: الهبة؛ يقال: أعطاك الله، وَوَهَبَك[(٦)(٧)]. وأما

مادة (نحل) و«المصباح المنير» ٢/ ٥٩٥، مادة (نحل) و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٦٩٣.

(١) في (ج): (مستعملة) بدل (مستعمل).

(٢) بشير بن سعد بن ثعلبة بن الجُلاس الخزرجي الأنصاري، صحابي جليل، شهد بدرًا، واستعمله النبي ﷺ في عمرة القضاء، وهو أول من بايع أبا بكر الصديق ﷺ من الأنصار، قتل يوم «عين التمر» وكان مع خالد بن الوليد ﷺ منصرفًا من اليمامة سنة (١٢) هـ «التاريخ الكبير» ٢/ ٩٨، و«العبر» ١/ ٤١٢، و«تهذيب التهذيب» ١/ ٤٦٤، و«التقريب» ص١٢٥، و«الخلاصة» ص٥٠، و«الأعلام» ٢/ ٥٦.

(٣) في جميع النسخ (ولد) وهو خطأ، والصواب (والد).

(٤) تقدمت ترجمته.

(٥) «صحيح البخاري» ٣/ ١٣٤ كتاب: الهبة، باب: الهبة للولد، وإذا أعطىٰ بعض ولده شيئًا لم يجز حتىٰ يعدل بينهم ويعطي الآخرين، ولا يشهد عليه، و«صحيح مسلم» ٣/ ١٢٤١-١٢٤٢، رقم (١٦٢٣) حديث (٩) كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، و«سنن الترمذي» ٣/ ٦٤٩، رقم (١٣٦٧) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في النحل والتسوية بين الولد، وقال: حسن صحيح، و«سنن النسائي» ٦/ ٢٥٨، رقم (٣٦٧٢) كتاب: النحل، باب: ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٩٥، رقم (٢٣٧٦) كتاب: الهبات، باب: الرجل ينحل ولده.

(٦) في (ج): (وهبك) بدون الواو.

(٧) «الصحاح» ١/ ٢٣٥، مادة (وهب) و«تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢٤٠، و«لسان العرب»

الإطعام[١] فإذا أضيف إلىٰ ما يؤكل عينه[٢] أريد به ملك تلك العين، وإذا أضيف إلىٰ[٣] ما لا يؤكل عينه كقوله[٤]: أطعمتك هٰذِه الأرض يراد به العارية؛ حيث لا يطعم عين الأرض بل ينتفع بنمائها، وأما[٥] جعلت هٰذا الشيء للك؛ فاشتماله علىٰ لام التمليك دليل على الهبة [٣١٧/ب، ج]. ولما روي أنه ﷺ طلب من أبي بكر ﷺ التولية في شيء ٱشتراه فقال: «وَلِّنِيْهُ[٦] يا أبا بكر» فقال: هو لك يا رسول الله بغير ثمن، فقال: «أما بغير ثمن فلا»[٧].

٣/ ٩٩٠-٩٩١، مادة (وهب) و«المصباح المنير» ٢/ ٦٧٣، مادة (وهب) و«المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٥٩، مادة (وهب).

(١) في (ج): (الطعام). (٢) لفظ :(عينه) غير موجود في (ب).

(٣) من قوله: (ما يؤكل عينه أريد...) إلىٰ قوله: (وإذا أضيف إلىٰ) غير موجود في (ج).

(٤) في (ج): (كقولك) بدل (كقوله).

(٥) في (ج): (وإنما) بدل (وأما).

(٦) في (أ، ج): (التولية) بدل (ولنيه).

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣١: (غريب) أ.هـ

وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٥٤: (لم أجده) أ.هـ

وقد أخرجه البخاري في «صحيحه» ٤/ ٢٥٥، بغير هٰذا اللفظ، كتاب: المناقب، باب: هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة عن عائشة رضي الله عنها وفيه: «قال أبو بكر ﷺ: فخذ بأبي أنت يا رسول الله إحدىٰ راحلتي هاتين، قال رسول الله ﷺ «بالثمن». وبلفظ البخاري أخرجه أحمد في «المسند» ٦/ ١٩٨.

ويدل لما ذكره المؤلف من أن «لك» تدل على الهبة لاشتمالها علىٰ لام التمليك ما أخرجه البخاري في «صحيحه» ٣/ ١٥كتاب: البيوع، باب: شراء الدواب والحمير، وإذا ٱشترىٰ دابة أو جملًا وهو عليه هل يكون ذلك قبضًا قبل أن ينزل ، من حديث جابر بن عبد الله، وفيه أن النبي ﷺ قال له: «خذ جملك ولك ثمنه». وفي لفظ لأحمد في «المسند» ٣/ ٣٦٢: «فبعني بالثمن، ولك ظهره إلى المدينة».

وما أخرجه البخاري في «صحيحه» ٣/ ١٩ كتاب: البيوع، باب: إذا ٱشترىٰ شيئًا

دلَّ[١] ذلك على ٱقتضاء هٰذِه اللفظة الهبة.

وأما أعمرتك؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام: «**من أعمر عمرىٰ، فهي للمعمر له في حياته، ولورثته من بعده**»[٢]. وأما حملتك علىٰ هٰذِه الدابة؛ فلأن اللفظ حقيقة دال على الإركاب، فيكون عارية، وبالمجاز[٣] دال على الهبة، يقال[٤]: حملَ الأميرُ فلانًا علىٰ فرس[٥]؛ إذا[٦] وهبه، فإذا ٱقترنت به النيَّة الصارفة للفظ[٧] عن حقيقته إلىٰ مجازه، ٱنعقدت به الهبة[٨].

فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، ولم ينكر البائع على المشتري، أو ٱشترىٰ عبدًا فأعتقه، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما في قصة بَكْر صعب لعمر ﷺ، وفيه أن النبي ﷺ قال لعمر ﷺ: «بعنيه» قال: هو لك يا رسول الله، قال: «بعنيه» فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ : «**هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت**».

(١) لفظ (دلّ) غير موجود في (ج).

(٢) «صحيح مسلم» ٣/ ١٢٤٥، ورقم (١٦٢٥) حديث ٢١، كتاب: الهبات، باب: العمريٰغل و«سنن أبو داود» ٣/ ٢٩٤، رقم (٣٥٥١) كتاب: البيوع، باب في العمرىٰ ، و«سنن الترمذي» ٣/ ٦٣٢، رقم (١٣٤٩، ١٣٥٠) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في العمرىٰ، و«سنن النسائي» ٦/ ٢٧٥، رقم (٣٧٤١) كتاب: العمرىٰ، باب: ذكر الأختلاف على الزهري فيه ، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٩٦، رقم (٢٣٨٠) كتاب: الهبات، باب العمرىٰ.

(٣) في (ج): (بالمجاز) بدون الواو.

(٤) في (ج): (فقال) بدل (يقال).

(٥) في (ج): (الفرس) بدل (فرس).

(٦) في (ج): (أو) بدل (إذا).

(٧) في (ج): (اللفظ) بدل (للفظ). «الجامع الصغير» ص٢٥٦، و«الكتاب في اللباب» ٢/ ١٧١، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤، و«الاختيار لتعليل المختار» ٣/ ٤٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك ١٧٠/ب، و«ملتقى الأبحر» ٢/ ١٥٠.

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٧١-١٧٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٥-١١٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤-

هبة المُشَاعِ

قال: (وتجوز هبة المشاع فيما لا يقسم، ولا نجيزها فيما يقسم إِلا بعد القسمة، كسهم في دار)[(١)]

وعند الشافعي رحمه الله يجوز[(٢)(٣)].

له: أن الهبة عقد تمليك وتملك[(٤)]، فلا يتوقف على القسمة فيما يقسم ٱعتبارًا بالبيع وهٰذا؛ لأن المشاع قابل للملك، فيكون محلًا للملك، والشيوع لا يبطل التبرع كالقرض والوصية[(٥)].

ولنا: أن القبض في الهبة منصوص عليه، قال عليه الصلاة والسلام: «**لا تجوز الهبة[(٦)] إلا مقبوضة**»[(٧)]. والمشاع لا يقبل القبض [٢٤٥/ب، (ب)]

٢٢٥، و«الاختيار» ٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩١-٩٢، ٩٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢١٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٤-٣٥٥.

(١) «الكتاب» ٢/ ١٧٢، و«المبسوط» ١٢/ ٦٤، و«الهداية» ٣/ ٢٢٥، و«الاختيار» ٣/ ٤٩-٥٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٣، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢١٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٦.

(٢) قوله: (وعند الشافعي رحمه الله يجوز) غير موجود في (أ، ب).

(٣) «الأم» ٤/ ٦٢، و«الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ٣٨٢، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٤١٨، و«المهذب» ١/ ٤٥٣، و«الوجيز» ١/ ٢٤٩، و«حلية العلماء» ٦/ ٤٧، و«كفاية الأخيار» ١/ ٣٠٨.

(٤) في (ب، ج): (تملك وتمليك) بتقديم وتأخير.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) لفظ: (الهبة) غير موجود في (ج).

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٢١: (غريب).

وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٨٣: (لم أجده). وهو عند عبد الرزاق في «المصنف» ٩/ ١٠٧، رقم (١٦٥٢٩) كتاب: المواهب، باب: الهبات، عن إبراهيم

الكامل إلا بواسطة القسمة للعين[١] الموهوبة، ففي تجويزها إلزامه[٢] بما لم[٣] يلتزمه من القسمة، بخلاف المشاع فيما لا يقسم[٤]؛ لأن القبض الكامل فيه لا يتصور، فاكتفىٰ بالقاصر[٥] منه؛ ولأنه ليس في تجويزها إلزامه بما لم يلتزمه من القسمة فافترقا. وأما المهايأة، وإن كانت تلزمه لكنها لاقَتْ محلًا لم تلاقه[٦] الهبة، فإن الهبة لاقت العين، والمهايأة في المنفعة، وهو إنما تبرع بالعين، ولا يلزم ما قاس عليه، فإن القبض في الوصية ليس بشرط، وكذا البيع الصحيح. وأما[٧] الفاسد، والصرف، والسلم؛ فالقبض شرط[٨] فيها[٩] مع أنه[١٠] غير منصوص عليه، فهي

النخعي قال: الهبة لا تجوز حتىٰ تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض.
وأخرج مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٥٢، رقم (٤٠) كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النجل، عن عائشة رضي الله عنها، وفيه: أن أبا بكر ﷺ قال: إني كنت نحلتك جاد عشرين وسقًا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخوك وأختاك، فاقتسموه علىٰ كتاب الله. أ.هـ قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ١٠٤: (هٰذا إسناد صحيح).
وأخرج عبد الرزاق في «المصنف»، كتاب: الوصايا، باب: النحل ٩/ ١٠٢، رقم (١٦٥٠٩) أن عمر بن الخطاب ﷺ قال: لا نحل إلا لمن حازه، وقبضه.
قال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٨٣ رقم (٨٥٤): (إسناده صحيح).

(١) في (أ): (الغير)، وفي (ج): (بالغير) بدل (للعين).
(٢) في (ج): (التزامه).
(٣) لفظ: (لم) غير موجود في (ج).
(٤) في (ج): (ينقسم).
(٥) في (أ): (القاصر).
(٦) في (ج): (تلاقيه).
(٧) في (أ، ب): (فأما).
(٨) لفظ: (شرط) غير موجود في (ج).
(٩) في (ب): (فيها شرط) بدل (شرط فيها) بتقديم وتأخير.
(١٠) في (ج): (أنها) بدل (أنه).

عقود ضمان، فلزوم مؤنة القسمة فيهما مناسب، والقرض وإن كان تبرعًا من وجه، لكنه عقد ضمان من وجه، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملًا بالشبهين[(١)(٢)].

والتمثيل من الزوائد.

هبة المعدوم كالدقيق في حنطة ونحوه

قال: (وإن وهب دقيقًا في حنطة، أو[(٣)] دهنًا في سمسم [٣١٨/أ، (ج)]**، لم يجز، وإن أستخرجهما[(٤)])**

لأن الموهوب معدوم، ألا ترىٰ أن الغاصب يملكه[(٥)] بالاستخراج، والهبة يجب أن تلاقي محلًا يتصور فيه التمليك، والمعدوم[(٦)] ليس بمحل له، فلا يصح، إلا وأن يجدد عقد الهبة بعد أستخراجهما[(٧)]، بخلاف ما إذا وهب شقصًا مشاعًا؛ إذ الهبة لاقت عينًا صالحة للتمليك.

وإذا وهب ما هو متصل بغيره ينزل منزلة المشاع، كما إذا وهب اللبن في الضرع، والصوف علىٰ ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والثمر

---

(١) في (ج): (الشبهتين) بدل (بالشبهين).

(٢) «المبسوط» ٦٥/٢-٦٦، و«الهداية» ٢٢٥/٣، و«الاختيار» ٥٠/٣، و«تبيين الحقائق» ٩٣/٥-٩٤، و«مجمع الأنهر» ٣٥٦/٢.

(٣) في (ب): (و) بدل (أو).

(٤) في (ب): (استخرجها).

(٥) في (أ، ج): (يملك).

(٦) في (ج): (والتمليك).

(٧) في (أ، ب): (استخراجها).

في النخل؛ لأن الأتصال مانع من القبض، فصار كالشيوع[١].

هبة الاثنين لواحد وعكسه

قال: (وإذا وهب أثنان من واحدٍ دارًا جاز، وهبة الواحد من أثنين لا تجوز)

أما المسألة الأولى الوفاقية: فلأن التسليم وقع منهما جملة واحدة، والقبض حصل من الموهوب له جملة، فلا شيوع يمنع من الصحة، ولا ضرر بالقسمة[٢][٣].

وأما المسألة الثانية الخلافية: فقال أبو حنيفة ﷺ: لا تجوز هبة الواحد من أثنين[٤]. وقالا: تجوز[٥]؛ لأن هٰذا تمليك واحد[٦] منهما، فلم يتحقق الشيوع، كما لو رهن من أثنين.

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٧٢-١٧٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢٥-٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٤، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢١٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٢٥٦-٢٥٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٧.

(٢) في (ج): (القسمة) بدل (بالقسمة).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢١، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٧٤، و«منظومة النسفي» لوحة ١٩/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢١، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨.

(٦) لفظ: (واحد) غير موجود في (ب).

ولهٗ: أن التمليك من اثنين يستلزم تمليك النصف من كل واحدٍ منهما، ألا ترىٰ أن الموهوب إذا كان مما لا يقسم فقبل[١] أحدهما صح، والقبض الكامل شرط فيما يقسم، وقد تعذر للشيوع فمنع من نفاذ الهبة، بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن القبض غير متعذر؛ لأن إثبات يده علىٰ كل الموهوب إثبات ليده علىٰ نصفه لاشتماله عليه، وهاهنا إثبات أحدهما يده علىٰ كلها مناف [٢٠٨/ب، (أ)] لإثبات الآخر يده علىٰ كلها؛ فتعذر إثبات يدهما علىٰ كلها معًا[٢]، فيكون[٣] كل منهما مثبتًا يده علىٰ ما وهب له، وبخلاف[٤] مسألة الرهن؛ لأن عقد الرهن أوجب حكمه لكل منهما كَمَلًا، ولهٰذا لو قضىٰ أحدهما دينه كانت كلها رهنًا عند الآخر حتىٰ يستوفي[٥].

هبة العقار لاثنين: لأحدهما ثلثيه وللآخر الثلث

قال: (ولو وهب لأحدهما ثلثيها، وللآخر الثلث، أجازها)

هٰذِه المسألة فرع سابقتها.

رجل وهب داره من اثنين لأحدهما ثلثيها، وللآخر الثلث: قال محمد

(١) لفظ: (فقبل) غير موجود في (ج).

(٢) لفظ: (معًا) غير موجود في (ج).

(٣) في (ج): (ليكون) بدل (فيكون).

(٤) في (ب): (بخلاف) بدون الواو.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢١-١٢٢، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦-٢٢٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦-٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨-٣٥٩.

رحمه الله: تجوز الهبة[١].

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف[٢] رحمهما الله: لا تجوز[٣].

فمحمد رحمه الله مرَّ علىٰ أصله في جواز هبة العقار للاثنين. وأبو حنيفة ﷺ أيضًا، مرَّ علىٰ أصله في عدم التجويز. وأما أبو يوسف رحمه الله فخالف أصله، وهو الجواز.

والفرق له: أنه لما أفرد كلًا منهما بسهم معين المقدار كان واهبًا للمشاع من كل منهما، بخلاف ما إذا أطلق الهبة.

لهما: لأنه يكون واهبًا لكل منهما جميعًا دفعة واحدة، ولا شيوع في ذلك، وإنما يثبت الشيوع حكمًا؛ لثبوت الملك لهما في كله معًا، وانقسامه بينهما نصفين من بعد، أما هاهنا فالشيوع لا ينفك عن الثلث الموهوب ولا عن الثلثين، فلا ينفك عن العقد، وأنه مانع من صحة الهبة[٤].

هبة الأب مال ابنه الصغير بشرط عوض يساوي الموهوب في القيمة

قال: (وأجاز هبة الأب مال ابنه بشرط عوض مساوٍ قيمة)

إذا وهب الأب مال ولده الصغير من آخر بشرط أن يعوضه [٣١٨/ب، (جـ)] عنها عوضًا يساوي الموهوب في القيمة: قال محمد رحمه الله:

---

(١) «منظومة النسفي» لوحة ٥٥/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٢، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧١/ ب.

(٢) في (جـ): (ومحمد) بدل (وأبو يوسف).

(٣) تنظر المراجع السابقة.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٢، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧١/ ب.

يجوز[١]؛ لأنه بيع انتهاء، والأب يملكه عن ولده. وقالا: لا يجوز[٢]؛ لأنه هبة ابتداء، وهو تبرع، فلا يملكه عليه[٣]. وقوله: (مساوٍ قيمة) من الزوائد.

تملك الصغير ما وهبه له أبوه بمجرد العقد

قال: (وإذا وهبه أبوه [٢٤٦/أ، (ب)] **مَلَكه العقد)**

لأن الموهوب في قبض الأب، فينوب عن قبضه[٤].

قبض الأب ما وهبه الأجنبي لابنه الصغير

قال: (أو أجنبي قبضه أبوه)

لأنه يملك[٥] علىٰ ولده الصغير ما يكون دائرًا بين النفع والضرر، وهٰذا نافع مطلقًا، فكان[٦] أولىٰ[٧].

---

(١) «منظومة النسفي» لوحة ٥٥/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/١١٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧١/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٧.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/١١٨-١١٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧١/ب، و«المستجمع شرح المجمع» ورقة ٤٠٧.

(٤) «الكتاب» ٢/١٧٣، و«بدائع الصنائع» ٦/١٢٧، و«الهداية» ٣/٢٢٦، و«الاختيار» ٢/٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/٩٥، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ٢/٣٥٧.

(٥) في (ج): (ملك).

(٦) في (ج): (وكان).

(٧) «الكتاب» ٢/١٧٣، و«بدائع الصنائع» ٦/١٢٦، و«الهداية» ٣/٢٢٦، و«الاختيار»

قبض الولي الهبة التي لليتيم

قال: (ويقبض الولي عن اليتيم)

الولي: هو وصي الأب، أو الجد[1]، أو وصي الجد؛ لقيام الوصي والجد ووصيه مقام أبيه؛ فيملكون ما يملكه[2].

صحة قبض الأم والأجنبي الهبة لمن في حجرهما

قال: (وإن كان في حجر أمه، أو حجر أجنبي جاز قبضهما عنه) أم الأم؛ فلأن لها ولاية علىٰ حفظه وحفظِ ماله، وحفظُ ماله[3] سبب حفظه[4]، فكان لها[5] ولاية تحصيل[6] منافعه ضروريًا، وكذلك إذا كان في حجر أجنبي؛ لأن يده عليه يد معتبرة، حتىٰ لا يملك غيره ٱنتزاعه منه، فيملك ما يتمحض نفعًا له[7].

٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦، «الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٧.

(١) في (ج): (والجد) بدل (أو الجد).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٧٣-١٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٧، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨.

(٣) عبارة: (وحفظ ماله) غير موجودة في (ب، ج).

(٤) في (ب، ج): (لحفظه) بدل (حفظه).

(٥) لفظ: (لها) غير موجود في (ب، ج)(٦) في (ج): (تحصل).

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٧٤، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦، و«الدرر الحكام» ٢/ ٢٢٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨.

صحة قبض الصغير ما يوهب له

قال: **(ولو قبض بنفسه جاز)** يعني: إذا كان الصغير عاقلًا، وإنما جاز قبضه؛ لأنه من أهله، وهٰذا نافعٌ له[(١)].

كيفية قسمة هبة الأب لابنه وبنته

قال: **(ولو وهب لابنه وبنته يأمره بالقسمة نصفين، لا كالميراث)** قال محمد رحمه الله: إذا وهب لابنه وبنته شيئًا، فالعدل قسمته بينهما أثلاثًا، للبنت الثلث، وللابن الثلثان[(٢)]؛ اتباعًا لقسمة الشرع بينهما بعد موته، وفي النص إشارة إلىٰ ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾[(٣)].

وقال أبو يوسف رحمه الله: العدل أن يقسم الموهوب بينهما نصفين[(٤)]؛ لأن قسمته أثلاثًا يستلزم[(٥)] تخصيص أحد الولدين على

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٦، و«الاختيار» ٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٦، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٣٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤/ ١٤٢، و«المبسوط» ١٢/ ٥٦، و«منظومة النسفي»٧٠/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨.

(٣) سورة النساء، آية (١١).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١٣٨، و«مختصر اختلاف العلماء» ٤/ ١٤٢، و«المبسوط» ١٢/ ٥٦، و«منظومة النسفي»٧٠/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٨.

(٥) في (أ): (مستلزم) بدل (يستلزم).

الآخر بالهبة، وأنه مكروه؛ قال عليه الصلاة والسلام لرجل وهب أحد ولديه: «**لا تشهدنا على الجور**»[(١)]، فإذا كره تخصيص أحدهما بالهبة، يكره تخصيص أحدهما بالثلث الزائد، فيلزمه التسوية؛ لأنهما متساويان في النسبة إليه[(٢)].

---

(١) «صحيح البخاري» ٣/ ١٥١، كتاب: الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، و«صحيح مسلم» ٣/ ١٢٤٣، رقم (١٦٢٣) حديث (١٦) كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، و«سنن النسائي» ٦/ ٢٦١، رقم٣٦٨٣، كتاب: النحل، باب: اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، و«مسند أحمد» ٤/ ٢٦٩.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٤/ ١٤٤، و«المبسوط» ١٢/ ٥٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧١/ ب.

فصل في الرجوع في الهبة

حكم الرجوع في الهبة عند التراضي، أو حكم الحاكم، أو بدونهما، وهلاكها بعد الحكم بالرجوع

قال: (ويكره الرجوع فيها، ونخيره فيما يهبه لأجنبي بتراضيهما، أو[1] بحكم الحاكم[2]، فإن هلكت بعد الحكم لم يضمن)

أما الكراهة[3]؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام: «**العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه**»[4]. ولما في الرجوع من[5] الاتصاف بسوء الخلق ودناءة النفس، ولذلك شبهه عليه الصلاة والسلام بأخسِّ أحوال الكلب. وأما جوازه في الحكم، فإذا وهب رجل لأجنبي ليس بذي رحم محرم[6] منه

---

(١) في (ب): (و) بدل (أو).

(٢) قال ابن ملك في «شرح مجمع البحرين» لوحة ١٧٢/أ، (لو أردف المصنف قول الشافعي بقوله: لا للوالد فقط فيما يهب لولده لكان أولىٰ؛ لأن قوله غير منفهم من قولنا).

(٣) في (ج): (الكراهية» بدل (الكراهة).

(٤) «صحيح البخاري) ٣/ ١٤٢-١٤٣، كتاب: الهبة، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، و«صحيح مسلم» ٣/ ١٢٤٠، رقم (١٦٢٢) حديث (٥) كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، و«سنن أبي داود» ٣/ ٢٩١، رقم (٣٥٤٠) كتاب: البيوع، باب: الرجوع في الهبة و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٩٩ رقم (٢٣٩١) كتاب: الصدقات، باب: الرجوع في الصدقة، و«مسند أحمد» ١/ ٢١٧.

(٥) لفظ: (من) غير موجود في (ج).

(٦) لفظ: (محرم) غير موجود في (ج).

هبة ولم يعوض عنها، ولم يتعلق بها حق الغير، وتراضيًا على الرجوع، أو حكم الحاكم بذلك جاز[(١)].

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا في الأب يهب لولده[(٢)]، ثم يرجع فيه[(٣)][(٤)].

وأصل الخلاف: أن عقد الهبة عقد جائز عندنا[(٥)]، ولزومه يعارض التعويض، أو ما[(٦)] يقوم مقامه من صلة الرحم، أو تحقيق المسكن، والازدواج. وعقد[(٧)] لازم عند الشافعي[(٨)] رحمه الله، واللازم لا يفسخ

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٤/ ١٥٢-١٥٣، و«الكتاب» ٢/ ١٧٥-١٧٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٨-١٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«الاختيار» ٢/ ٥١-٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٧، ٩٨، ١٠١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٩-٣٦٠ .

(٢) في (أ، ب): (ولده) بدل (لولده).

(٣) لفظ: (فيه) غير موجود في (ج).

(٤) «مختصر المزني» ص١٣٤، و«الإشراف على مذاهب أهل العلم» ١/ ٣٨٧، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٤١٨، و«الإقناع» للماوردي ص١٢٠، و«الوجيز» ١/ ٢٤٩-٢٥٠، و«حلية العلماء» ٦/ ٥٢-٥٤، و«متن أبي شجاع» ص٣٦، و«روضة الطالبين» ٥/ ٣٧٨-٣٧٩، و«المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ٢/ ٤٠١، و«كفاية الأخيار» ١/ ٣٠٨. المذهب والمشهور عند الشافعية أن الأصول كالأب. ينظر: «التنبيه» ص١٣٨، و«المهذب» ١/ ٤٥٤، و«الوجيز» ١/ ٢٤٩-٢٥٠، و«روضة الطالبين» ٥/ ٣٧٩، و«المنهاج مع مغني المحتاج» ٢/ ٤٠١، و«الغاية القصوى» ٢/ ٦٥٥، و«التذكرة» ص١٠٩، و«كفاية الأخيار» ١/ ٣٠٩، و«متن الزبد» ص٧٤.

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٧١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٧، و«الهداية» ٣/ ٢٢٤، و«الاختيار» ٣/ ٤٨، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٣، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٦.

(٦) في (ج): (وأما).

(٧) في (ب): (عقد) بدون الواو.

(٨) هذا القول من المصنف فيه نظر، فقد قال النووي رحمه الله في «الأصول والضوابط» ص٢٦: (عقود المعاملات ونحوها أربعة أقسام: أحدها: جائز من الطرفين،

إلا في موضع خاص ورد به النص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام [٣١٩/أ، ج]: «**لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهبه لولده**»(١). ولأنه عقد تمليك، فيلزم كسائر العقود، وليس العوض مقصودًا منه؛ لأنه عقد تبرع يراد به إظهار الكرم، والجود، لا تحصيل(٢) البذل، فإذا طلب به

كالقرض، والشركة، والوديعة، والعارية، والقرض، والهبة قبل القبض، ونحوها... الثاني: لازم من الطرفين، كالبيع بعد الخيار، والسلم، والصلح، والحوالة، والمساقاة، والإجارة، والهبة للأجنبي بعد القبض). وينظر «التنبيه» ص١٣٨، و«المهذب» ١/ ٤٥٤، و«الوجيز» ١/ ٢٤٩-٢٥٠، و«روضة الطالبين» ٥/ ٣٧٥، و«الغاية القصوىٰ» ٢/ ٦٥٥، و«التذكرة» ص١٠٨، و«كفاية الأخيار» ١/ ٣٠٨، و«مغني المحتاج» ٢/ ٤٠٠.

(١) «سنن أبي داود» ٣/ ٢٩١، رقم (٣٥٣٩) كتاب: البيوع، باب: الرجوع في الهبة، و«سنن الترمذي» ٣/ ٥٩٢، ٥٩٣، رقم (١٢٩٩) كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الرجوع في الهبة، من حديث ابن عمر وابن عباس، وقال: (حديث ابن عباس رضي الله عنهما، حديث حسن صحيح، والعمل علىٰ هٰذا الحديث عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، وغيرهم)، و«سنن النسائي» ٦/ ٢٦٥، رقم (٣٦٩٠)كتاب: الهبة، باب: رجوع الوالد فيما يعطي ولده، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٩٥، رقم (٢٣٧٧)، كتاب: الهبات، باب: من أعطىٰ ولده ثم رجع فيه، و«مسند أحمد» ١/ ٢٣٧، و«مستدرك الحاكم» ٢/ ٤٦-٤٧، كتاب: البيوع، وقال: (صحيح الإسناد)، ووافقه الذهبي.
قال ابن الملقن في «تحفة المحتاج» ٢/ ٣٠٦: (صححه الترمذي وابن حبان والحاكم وغيرهم). وقال ابن حجر في «فتح الباري» ٥/ ٢١١: (أخرجه أبو داود وابن ماجه بهٰذا اللفظ من حديث ابن عباس وابن عمر، ورجاله ثقات).
وقال أحمد شاكر في تحقيقه لمسند أحمد ٣/ ٣٦١ رقم (٢١١٩، ٢١٢٠): (إسناده صحيح).
وقال البنا في «بلوغ الأماني» ٥/ ١٧٣: (رجال إسناده ثقات، ويؤيده ما تقدم ما أحاديث الباب).

(٢) في (ج): (لا يحصل) بدل (لا تحصيل).

العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له[١].

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: **«الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبْ منها»**[٢].

---

(١) «الغاية القصوىٰ» ٢/ ٦٥٥، و«التذكرة» ص١٠٨، و«كفاية الأخيار» ١/ ٣٠٩.
وتنظر أدلة الشافعية في: «الإشراف علىٰ مذاهب أهل العلم» ١/ ٣٨٤-٣٨٥، و«الإقناع» لابن المنذر ٢/ ٤١٨-٤١٩، و«المهذب» ١/ ٤٥٤، و«مغني المحتاج» ٢/ ٤٠١-٤٠٢.

(٢) «سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٩٨، (رقم (٢٣٨٧) كتاب: الهبات، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها، و«سنن الدارقطني» ٣/ ٤٤، رقم (١٨١) كتاب: البيوع، و«مستدرك الحاكم» ٢/ ٥٢، كتاب: البيوع، وقال: (صحيح علىٰ شرط الشيخين ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.
و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي ٦/ ١٨١، كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة، وقال: (إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع، والمحفوظ عن عمرو بن دينار، عن سالم، عن أبيه، عن عمر قال: من وهب هبة فلم يثبت فهو أحق بهبته إلا لذي رحم)، وقال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» ٩/ ٦٩: (إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل الحديث، فلا يبعد منه الغلط، والصحيح رواه سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن سالم، عن أبيه، عن عمر، فالحديث في هٰذا يرجع إلىٰ عمر ﷺ).
وقال عبد الحق الأشبيلي في «الأحكام الوسطىٰ» ٣/ ٣١٣: (رواه الدارقطني...، ورواته ثقات، لكنه جعله وهمًا، وقال: والصواب عن ابن عمر، عن عمر، ورواه أيضًا من حديث أبي هريرة وفي إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، ومن حديث ابن عباس وفي إسناده محمد بن عبيد الله العرزمي ورفع الحديث إلى النبي ﷺ وهما ضعيفان جدًا).
وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٢٥: (إبراهيم بن إسماعيل ضعفوه).
وقال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» ٢/ ١٠٧: (رواه ابن ماجه، وإبراهيم، هٰذا ضعيف، وقد رواه سعيد بن منصور، عن سفيان بن عيينة، عن عمرو بن ينار، عن سالم، عن أبيه، عن عمر قوله، قال البخاري: وهٰذا هو الصحيح).

أي: ما[١] لم[٢] يعوض عنها[٣]؛ ولأن المقصود بالعقد لم يحصل، فلم يلزم، والمقصود العوض للعادة؛ فإنه كما يقع إنعامًا يقع طمعًا في المكافأة، والموهوب له مندوب إليه بإشارة قوله تعالىٰ: ﴿فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾[٤]. فإذا فات العوض، أو ما يقوم مقامه تثبت[٥] ولاية الفسخ؛ لأن العقد [٢٠٩/أ، (ا)] يقبله، والمراد من الحديث: نفي الاستبداد بالرجوع من غير تراض ولا حكم حاكم، وإثبات الاستبداد للوالد؛ فإنه يملك ذلك في مال الولد عند الحاجة من غير رضا ولا حكم[٦]، وذلك يسمىٰ رجوعًا، جمعًا بين الحديثين[٧]، وإنما قلنا: إن

وقال ابن حزم في «المحلىٰ» ٨/ ٧٧: (لا حجة فيه لوجهين: أحدهما: أنه من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، وهو ضعيف، والثاني: أن عمرو بن دينار ليس له سماع أصلًا من أبي هريرة).

وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة» ٢/ ٤٠: (هذا إسناد ضعيف؛ لضعف إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع).

وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٨٤: (في إسناده ضعف، وفي الباب: عن ابن عباس أخرجه الطبراني والدارقطني بإسنادين ضعيفين، وعن ابن عمر أخرجه الحاكم والدارقطني وإسناده صحيح).

(١) لفظ: (ما) غير موجود في (أ، ب، ج).

(٢) لفظ: (لم) غير موجود في (أ، ب).

(٣) «طلبة الطلبة» ص٢٢٤، و«المغرب» ١/ ١٢٧، و«مختار الصحاح» ص٨٩، و«القاموس المحيط» ص٦١، و«معجم لغة الفقهاء» ص١٣٥، مادة (ثوب).

(٤) سورة النساء آية (٨٦).

(٥) في (ب، ج): (ثبت).

(٦) قوله: (وإثبات الاستبداد للوالد؛ فإنه يملك ذلك في مال الولد عند الحاجة من غير رضا ولا حكم) غير موجود في (ج).

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٨، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٩-٣٦٠.

الرجوع لا يصح إلا بأحد هذين الأمرين، وهو: إما بالتراضي، أو الحكم؛ لأن حكم العقد قد ثبت، وتم؛ وإنما يثبت حق النقض لخلل[١] في المقصود؛ فإذا لم يحصل المقصود واحتجنا إلى الرفع[٢] بعد الثبوت، توقف علىٰ فسخ من له ولاية الفسخ، وهو القاضي، أو المتعاقدان، كالرد بالعيب بعد القبض، [٢٤٦/ب، (ب)] وإذا آنفسخ العقد عاد قديم[٣] ملك الواهب، فكان[٤] فسخًا من الأصل، فلم يتوقف على القبض، وصح في الشائع؛ لأن آعتبار القبض لانتقال الملك[٥] لا في عوده؛ ولأن[٦] العقد وقع جائزًا حق الفسخ، فكان[٧] بالفسخ مستوفيًا حقًا ثابتًا له، فيظهر على الإطلاق، بخلاف الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن[٨] الحق هناك في وصف السلامة، لا في نفس الفسخ فافترقا[٩].

وإنما قلنا: إنه لا يضمن بالهلاك بعد الحكم؛ لأن القبض[١٠] وقع غير

---

(١) في (أ): (بخلل) بدل (لخلل).

(٢) في (ج): (الدفع) بدل (الرفع).

(٣) في (ج): (قد تم) بدل (قديم).

(٤) في (أ، ج): (وكان) بدل (فكان).

(٥) في (أ): زيادة (بعد القبض) بعد قوله: (الملك).

(٦) في (ج): (لأن) بدون الواو.

(٧) في (ج): (وكان) بدل (فكان).

(٨) من قوله: (العقد وقع جائزًا...) إلىٰ قوله: (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن) غير موجود في (أ).

(٩) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٨، و«الهداية» ٣/ ٢٢٩، و«الاختيار» ٣/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١-١٠٢، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/أ، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٧٧.

(١٠) في (ج): (الحكم) بدل (القبض).

مضمون في الاَبتداء، ودام علىٰ ذلك إلا أن يمنعه بعد طلبه، فحينئذ يكون متعديًا[(١)].

موانع الرجوع في الهبة

قال: (ويمتنع الرجوع بالمحرمية، والزوجية، والمعاوضة، وخروجها عن ملك الموهوب له، وبموت[(٢)] أحد المتعاقدين، وحدوث زيادة متصلة، ولا نقصان)[(٣)]

أما المحرمية من القرابة[(٤)]؛ فإذا وهب لذي رحم محرم منه لم يجز له الرجوع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا كانت الهبة لذي رحم محرم[(٥)] لم يرجع فيها**»[(٦)]. ولأن المقصود من هٰذِه الهبة صلة الرحم، فقد حصل،

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (ج): (وموت) بدل (وبموت).

(٣) «مختصر اَختلاف العلماء» ٤/ ١٥٢-١٥٣، و«الكتاب» ٢/ ١٧٥-١٧٦، و«المبسوط» ١٢/ ٥٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧-٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥١-٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢١-٢٢٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢.

(٤) قال ابن ملك في شرحه «للمجمع» لوحة ١٧٢/أ: (أراد بها المحرمية مع الرحم؛ لأنها لو كانت بدونه كالرضاع وغيرها لا يمنع الرجوع) أ.هـ

(٥) في (أ، ج): زيادة لفظ (منه) بعد قوله: (محرم).

(٦) «مستدرك الحاكم» ٢/ ٥٢، كتاب: البيوع، وقال: (صحيح علىٰ شرط البخاري، ولم يخرجاه)، وسكت عنه الذهبي، و«سنن الدارقطني» ٣/ ٤٤، رقم (١٨٤) كتاب: البيوع، و«السنن الكبرىٰ» ٦/ ١٨١، للبيهقي، كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة ، وقال: (لم نكتبه إلا بهٰذا الإسناد وليس بالقوي).

فالرجوع مُفْضٍ إلى القطيعة[١]، فلا يجوز[٢]. وأما الزوجية؛ فلأن المقصود من هبة أحد الزوجين للآخر الصلة وحصول الألفة والمحبة بين الزوجين، ففي الرجوع نقض ذلك بالوحشة والنفرة، فلا يجوز، إبقاءً[٣] للزوجية على الألفة والمودة[٤]، واعتبار هٰذا المقصود وقت العقد، حتىٰ لو تزوجها بعد

وقال ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/ ٢٣١: (لا يصح، فيه عبد الله بن جعفر، وقد ضعفوه).

وقال عبد الحق في «الأحكام الوسطىٰ» ٣/ ٣١٣: (يروىٰ من حديث الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ).

وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٢٧: (قال ابن الجوزي في «التحقيق»: وعبد الله بن جعفر هٰذا ضعيف، وخطأه صاحب «التنقيح» وقال: بل هو ثقة من رجال الصحيحين، والضعيف هو والد علي بن المديني، وهو متقدم علىٰ هٰذا، وهو الرقي ثقة، ورواة هٰذا الحديث كلهم ثقات، ولكنه حديث منكر، وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة).

وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٨٥: (ظن ابن الجوزي أنه ابن المديني فضعفه، وليس كما ظن بل هو الرقي، وهو ثقة): أ.هـ

وقال صديق خان في «الروضة الندية» ٢/ ١٦٣: (قال الحافظ في إسناده ضعف).

قلت: الحديث عنعنه الحسن البصري، فلم يصرح بالسماع عن سمرة ﷺ، والحسن البصري فقيه فاضل مشهور، إلا أنه مدلس، ويرسل كثيرًا، كما أنه في سماع الحسن من سمرة ﷺ خلافًا بين المحدثين. ينظر: «علل الحديث ومعرفة الرجال» ابن المديني ص٦٤، و«العلل ومعرفة الرجال» للإمام أحمد ١/ ٥٢، و«ميزان الاعتدال» ١/ ٥٢٧، رقم (١٩٦٨)، و«تهذيب التهذيب» ٢/ ٢٦٦-٢٦٩، و«التقريب» ص١٦٠، رقم (١٢٢٧)، «طبقات المدلسين» ص٢٩، رقم (٤٠).

(١) في (ج): (القطعية) بدل (القطيعة).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٢-١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«الدرر الحكام» ٢/ ٢٢٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.

(٣) في (ج): (بقاء).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

الهبة صح الرجوع، أو أبانها بعد الهبة ٱمتنع الرجوع[١]. ولو كان أحد الزوجين مسلمًا والآخر كافرًا فالحكم سواء؛ لشمول المعنىٰ[٢].

وأما المعاوضة؛ فلأن العوض هو المقصود من الهبة عادة، فيلزم العقد به، فيمتنع الرجوع[٣].

وأما خروجها عن ملك الموهوب له؛ فلأن الإخراج حصل بتسليم[٤] من [٣١٩/ب، (ج)] الواهب، فلا يملك نقض[٥] ما سلطه عليه كالوكيل؛ ولأن الملك تجدد في الموهوب بتجدد سببه[٦]. وأما موت أحد المتعاقدين؛ فإنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلىٰ ورثته، فصار كما لو ٱنتقل حالة الحياة، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبيٌّ عن العقد؛ لأنه لم يوجبه، فامتنع رجوعه[٧].

---

(١) «المبسوط» ١٢/ ٦٠-٦١، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٧٦.

(٢) «الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.

(٣) و«المبسوط» ١٢/ ٧٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩-١٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦١.

(٤) في (ج): (بتسلط) بدل (بتسليط).

(٥) في (ج): (بعضه) بدل (نقض).

(٦) «المبسوط» ١٢/ ٨٢-٨٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٠، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.

(٧) «المبسوط» ١٢/ ٥٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦١.

وأما حدوث الزيادة المتصلة كالسمن، واللبن، والبناء[١]، والغرس، والصبغ، والخياطة؛ فلتعذر الرجوع بدون تلك الزيادة لاتصالها بالموهوب، وتعذر الرجوع؛ لعدم العقد عليها[٢]. وأما النقصان؛ فلا يمنع الرجوع سواء أنتقصت القيمة، أو الذات؛ لإمكان الرجوع مع النقّص، إلا أنه إذا ولدت الجارية الموهوبة وانتقصت بالولادة، لم يرجع فيها حتىٰ يستغني عنها ولدها، ولو وهب عبدًا فشب وازدادت قيمته، ثم شاخ فانتقصت لا يرجع؛ لأنه أزداد في بدنه، والمال في جثته، ثم أنتقص بوجه آخر، وهو شيخوخته[٣]، فلا يرجع[٤].

الرجوع فيما وهب لعبد أخيه، أو لأخيه وهو عبد

قال: (ولو وهب لعبد أخيه، فله الرجوع، كما لو وهب لأخيه، وهو عبد)

هاتان مسألتان من فروع المحرمية، إحداهما خلافية، والأخرىٰ وفاقية من الزوائد.

---

(١) لفظ: (البناء) غير موجود في (ج).

(٢) «المبسوط» ١٢/٥٦-٨٣، و«بدائع الصنائع» ٦/١٢٩، و«الهداية» ٣/٢٢٧، و«الاختيار» ٣/٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/٩٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/٢٢٢، و«مجمع الأنهر» ٢/٣٦٠.

(٣) في (ج): (شيخوخة) بدل (شيخوخته).

(٤) «المبسوط» ١٢/٨٣-٨٨، و«بدائع الصنائع» ٦/١٢٩، و«الاختيار» ٣/٥١-٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/٩٨-٩٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/أ، و«مجمع الأنهر» ٢/٣٦٠-٣٦١.

أما الأولىٰ: فإذا وهب هبة لعبد أخيه: قال أبو حنيفة ﷺ: يثبت له حق الرجوع فيها[١]، ومنعا من ذلك[٢]؛ لأن حكم الهبة ثابت للأخ لا للعبد، ألا ترىٰ أن الأخ لو كان عبدًا لأجنبي ثبت[٣] الرجوع بالإجماع[٤]؛ لوقع الهبة للأجنبي[٥]، وإذا كانت الهبة واقعة للأخ بطل الرجوع للمحرمية.

---

(١) «المبسوط» ١٢/ ٥٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٣، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ج): (يثبت) بدل (ثبت).

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٥٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.
ملحوظة: مراد المؤلف بالإجماع، إجماع الحنفية بدليل اقتصاره على الخلاف بينهم في أول هٰذِه المسألة، ويدل علىٰ ذلك أيضًا مراجع الحنفية السابقة.
قال ابن قدامة في «المغني» ٥/ ٦٨٣: (حصل الاتفاق علىٰ أن ما وهبه الإنسان لذوي رحمه المحرم غير ولده لا رجوع فيه، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته، والخلاف فيما عدا هؤلاء، فعندنا: لا يرجع إلا الوالد، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي، فأما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان) أ.هـ.
فالمالكية، والشافعية، والحنابلة متفقون علىٰ أنه لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب ولده، إلا أنه عند المالكية ما لم يستحدث الولد دينا، أو يتزوج. «المدونة» ٤/ ٣٣٧، و«الكافي» لابن عبد البر ٢/ ٥٣١، و«بداية المجتهد» ٢/ ٢٤٩، و«الإشراف علىٰ مذهب أهل العلم» ١/ ٣٨٧، و«الوجيز» ١/ ٢٤٩-٢٥٠، و«حلية العلماء» ٦/ ٥٢-٥٤، و«كفاية الأخيار» ١/ ٣٠٨، و«المغني» ٥/ ٦٨٣، و«الإنصاف» ٧/ ١٤٥، و«كشاف القناع» ٤/ ٣١٣. وهنالك رواية عند الحنابلة أنه ليس للوالد الرجوع في هبته، والمذهب: له الرجوع. «المغني» ٥/ ٦٦٨، و«شرح الزركشي» ٤/ ٣١٢، و«الإنصاف» ٧/ ١٤٥.

(٥) عبارة: (لوقوع الهبة للأجنبي) غير موجودة في (ج).

وله: أن الهبة واقعة للعبد بطريق الأصالة، ألا ترىٰ أنه اعتبر قبوله ورده، وقبضه والملك يقع له، ثم ينتقل إلىٰ مولاه بطريق الخلافة عنه عند الفراغ من حاجته حتىٰ لو كان العبد مديونًا لم ينتقل إلىٰ مولاه ولا صلة بين الواهب وبين العبد[١].

وأما المسألة الوفاقية: فإنما يملك الرجوع لخلو العقد عن الصلة أيضًا؛ لأن الصلة إنما تحصل[٢] عند انتفاع الموهوب له بالهبة، فالعقد، وإن وقع[٣] بالأصالة للأخ، لكن حكمه غير ثابت له؛ لعدم الأهلية، فصار عقد الهبة في حقه كعقد لم يترتب عليه حكمه [٢٤٧/أ، (ب)]، فلم ينتفع به، فما وقع للعبد غير نافع له، وما ينفعه غير[٤] واقع له، بل للأجنبي، فانتفىٰ ما به لزوم العقد، وهو صلة الرَّحم، فثبت[٥] الرجوع[٦].

الرجوع فيما وهبه لمكاتب عتق، أو عجز فرد إلى الرق

قال: (أو لمكاتب فعجز، يجيزه، كما لو عتق، وخالفه)

---

(١) «المبسوط» ١٢/ ٥٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٤.

(٢) في (ج): (يحصل) بدل (تحصل).

(٣) في (ج): (وضع) بدل (وقع).

(٤) في (ب): بياض في مكان (غير).

(٥) في (ج): (فيثبت) بدل (فثبت).

(٦) «المبسوط» ١٢/ ٥٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٣، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.

رجل وهب مكاتبًا فعجز، فرد في الرق، قال أبو يوسف رحمه الله: يجوز للواهب الرجوع[(١)]. وقال محمد رحمه الله: لا يجوز[(٢)]، ولو عتق المكاتب جاز بالإجماع[(٣)(٤)]. لأبي يوسف رحمه الله: أن هٰذِه هبة من المولىٰ من وجه، ألا ترىٰ[(٥)] أنه لا ينعقد[٢٠٩/ب، (أ)] النكاح بين المولىٰ وبين جارية وهبت للمكاتب، ولو تزوج المكاتب أمة بإذن مولاه، فوهبت له لا يبطل النكاح؛ لكونها ملك المولىٰ من وجه، ولو تزوج[(٦)] المولىٰ أمة غيره، ثم وهبت للمكاتب لم يبطل النكاح؛ لأنها ملك المكاتب من وجه، ثم بالتعجيز يصير ملكًا للمولىٰ مطلقًا، وبالعتق يصير[(٧)] ملكًا للمكاتب مطلقًا، وإذا تمحضت ملكًا لأحدهما بطل حق الآخر ضرورة، وحق الرجوع لا يبطل إذا صارت ملك أحدهما بالعتق،

---

(١) «المبسوط» ١٢/ ٨٦، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٠/ب، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ١٦٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٤.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (أ، ب): (إجماعًا) بدل (بالإجماع).

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٨٦، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ١٦٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠١، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٤.
ومراد المؤلف بالإجماع، إجماع الحنفية بدليل أقتصاره على الخلاف بينهم في المسألة قبلها، وكذا مراجع الحنفية السابقة ذكرها أعلاه، وقد سبق البيان أن مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة: عدم جواز رجوع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب ولده، ويستثنى المالكية ما لم يستحدث الولد دينًا، أو يتزوج.

(٥) في (أ): (ألا يرىٰ) بدل (ألا ترىٰ).

(٦) من قوله: (المكاتب أمة بإذن مولاه...) إلىٰ قوله: (ملك المولىٰ من وجه ولو تزوج) غير موجود في (ج).

(٧) لفظ: (يصير) غير موجود في (أ، ب).

فكذلك لا يبطل بالتعجيز؛ لاستوائها في ثبوت الملك من وجه أولًا، ومن كل وجه ثانيًا.

ولمحمد رحمه الله، وهو الفرق: أن الموهوب للمكاتب ملكه؛ لأنه كسبه ومقتضىٰ عقد الكتابة سلامة إكسابه[1]، ألا ترىٰ[2] [٣٢٠/ا، (ج)] أن التصرف فيه مطلق له دون مولاه، فإذا عتق تقرر ما ثبت له بعقد الكتابة من الملك، فيملك الرجوع، وإذا عجز أنتقل ملكه إلىٰ مولاه، وخرج عن ملك المكاتب، وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له مانع من الرجوع، وصار[3] كما لو أنتقل منه إلىٰ غير المولىٰ[4].

الرجوع في قيمة الهبة إذا زادت في يد الموهوب له

قال: (وأبطلوه في القيمة للزيادة المتصلة)[5]

قال مالك رحمه الله: إذا وهب هبة فزادت في يد الموهوب له، ولم يبطل حق الرجوع للواهب[6] في قيمتها[7]؛ لأن الرجوع حق ثابت له في

---

(١) في (أ): (اكتسابه).

(٢) في (أ): (يرىٰ).

(٣) في (ج): (فصار).

(٤) «المبسوط» ٨٦/١٢، و«بدائع الصنائع» ١٢٩/٦، و«تبيين الحقائق» ١٠١/٥، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب.

(٥) لفظ: (المتصلة) غير موجودة في (ج)، وفي (أ): (المبطلة).

(٦) لفظ: (للواهب) غير موجود في (ج).

(٧) «المدونة» ٣٤٠/٤، و«الموطأ» ٧٥٤/٢، و«التفريع» ٣١٤/٢، و«المعونة» ١٦١١/٣ -١٦١٣، و«الكافي» لابن عبد البر ٥٣٢/٢، و«المنتقىٰ» ١١٤/٦،

الموهوب صورة ومالية، فإذا ٱمتنع الاسترداد صورة ولم يمتنع مالية، فيرجع كما في الغصب.

وعندنا: ليس له الرجوع في القيمة[١]؛ لأنه ٱمتنع الرجوع في الأصل؛ لأن الزيادة حق الموهوب له من كل وجه، وامتنع في الأصل بدون الزيادة إجماعًا[٢]؛ فامتنع الرجوع مطلقًا، والمصير إلى القيمة إما يثبت بعد وجوب في الأصل، بخلاف الغصب؛ لأن وجوب الرد في الصورة والمالية[٣] ثابت؛ لأنه مضمون، فإذا ٱمتنع في الصورة لمانع تعينت المالية[٤].

من القول قوله عند الاختلاف في حدوث زيادة في الهبة

قال: و(جعلنا القول للواهب المنكر لا للموهوب له في دعواها)

الموهوب له[٥] إذا ٱدعىٰ أن الموهوب زاد في يده زيادة متصلة تُبْطِل[٦]

و«المقدمات الممهدات» ٢/ ٤٤٤-٤٤٥، و«مختصر خليل» ص٢٥٦، و«حاشية الخرشي علىٰ مختصر خليل» ٧/ ١١٩.

(١) «منظومة النسفي» لوحة ١٣٨/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٨، و«الدرر الحكام» ٢/ ٢٢٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩١، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٠، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٨.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ج): (المالية) بدون الواو.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٨، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩١.

(٥) لفظ: (له) غير موجود في (ب).

(٦) في (ج): (يبطل) بدل (تُبطِلُ).

حق الرجوع، كالسمن، وقال الواهب: لم يزدد، وإنما هو بحاله، فالقول للواهب مع يمينه عندنا[١]. وقال زفر رحمه الله: للموهوب له[٢]؛ لأنه هو القابض، فكان[٣] أعرف به[٤]. فكان القول له كالبيع؛ ولأن الواهب يدعي شيئين: الأصل والزيادة، والموهوب له ينكر، وصار[٥] كما لو قال الموهوب له: بنيت فيه، أو صبغته، وأنكر[٦] الواهب.

ولنا: أن الموهوب له[٧] يدعي لزوم عقد الهبة وبطلان حق[٨] الرجوع، والواهب ينكر، فكان القول له بخلاف ما ٱستشهد به؛ لأن البناء والصبغ من اللواحق للتيقن بخلو الموهوب عنها في أول أحوال وجوده، مع أن حدوثهما متوقف علىٰ صنع من العبد، فيضاف وجودهما[٩] إلىٰ أقرب أوقات الإمكان، فالظاهر فيها شاهد للموهوب له، بخلاف السمن؛ لجواز وجوده في أول أحوال الموهوب؛ ولعدم توقفه علىٰ صنع من العباد، فلم يكن من اللواحق العارضة، فلم يغلب على الظن حصوله في

---

(١) «المبسوط» ١٢/ ٨٧، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٠/أ، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦١-٣٦٣.

(٢) «المبسوط» ١٢/ ٨٧، و«منظومة النسفي» لوحة ١٠٠/أ، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ب، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ٩٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٣.

(٣) في (ج): (وكان).

(٤) لفظ: (به) غير موجود في (ب).

(٥) لفظ: (وصار) ليس في (ج).

(٦) لفظ: (أنكر) ليس في (ج).

(٧) لفظ: (له) غير موجود في (ب).

(٨) في (أ): (عقد).

(٩) في (ب): (وجودها).

يد الموهوب له، فكان الظاهر شاهدًا للواهب؛ لأن[١]، التيقن بعدم[٢] لزوم الهبة في أول أحوالها ثابت، فالظاهر بقاء ذلك العدم[٣].

منع الرجوع في الهبة بعد أخذ العوض عنها، ولو من أجنبي، وذكر بعد الألفاظ التي بمعنى العوض

قال: (ولو قال[٤]: خذ هٰذا بدلًا عن هبتك، أو في مُقَابَلَتِهَا، أو عوضها[٥]، أو عوضه أجنبي متبرع فقبض، فلا رجوع)

لقيام هٰذِه الألفاظ [٢٤٧/ب، (ب)] مقام العوض، ولما كان العوض[٦] لإسقاط حق الرجوع، صح من الأجنبي، كبدل الخلع والصلح[٧].

---

(١) في (ج): (أن) بدل (لأن).

(٢) في (ج): (بعد) بدل (بعدم).

(٣) «المبسوط» ١٢/ ٨٧، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٩، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٢/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦١.

(٤) عبارة: (ولو قال) غير موجودة في (ج).

(٥) عبارة: (أو عوضها) غير موجودة في (ج).

(٦) عبارة: (ولما كان العوض) غير موجودة في (ج).

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٧٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٢، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦١.

أثر استحقاق الموهوب له نصف الهبة، أو الواهب كل العوض

قال: (ولو اَستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض، أو كل العوض رجع في الهبة)

أما الأول؛ فلأنه لم يسلم للموهوب له ما يقابل نصف العوض.

وأما الثاني؛ فلأنه لم[1] يسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له العوض، فإذا لم يسلم عاد حقه في الرجوع[2].

أثر استحقاق الواهب نصف العوض

قال: (أو نصفه منعناه من الرجوع إلا أن يرد الباقي)

إذا اَستحق نصف العوض، لم يرجع في شيء من الموهوب إلا أن يرد باقي العوض، فيرجع في الهبة حينئذ[3].

وقال زفر رحمه الله: يرجع بقدر المستحق؛ اَعتبارًا باستحقاق نصف الموهوب[4].

---

(١) في (ج): (فلا) بدل (فلأنه لم).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٧٦-١٧٧، و«المبسوط» ١٢/ ٧٧، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢-٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٠، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٣.

(٣) و«المبسوط» ١٢/ ٧٧، و«منظومة النسفي» لوحة ٩٩/ ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٠، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٣ .

(٤) ينظر المراجع السابقة.

ولنا: أنه باستحقاق البعض ظهر أنه لم يعوضه عن[1] الموهوب إلا بما بقي بعد المستحق، وهو صالح لأن يكون عوضًا عن الكل، فلا يرجع، إلا أنه إذا ردَّ الباقي رجع[2]؛ لأنه لم يسقط حقه في الرجوع بقبول العوض [٣٢٠/ب، (ج)] إلا ليسلم له جميع العوض، ولم يسلم، فكان[3] له ردّه، ومتىٰ[4] رده بطل التعويض، فعاد حق[5] الرجوع[6].

إذا تلف الموهوب، واستحق، وضمن الموهوب له

قال: (وإذا[7] تلف الموهوب، واستُحِق[8]، وضمن الموهوب له، لم يرجع على الواهب)

لأن الهبة عقد تبرع؛ فلا يشترط فيه السلامة[9].

---

(١) في (ج): (من).
(٢) لفظ: (رجع) غير موجود في (ج).
(٣) في (ج): (وكان) بدل (فكان).
(٤) في (ج): (ومستمر).
(٥) في (ج): (فعارض).
(٦) و«المبسوط» ١٢/ ٧٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٠-١٣١، و«الهداية» ٣/ ٢٢٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢-٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٠، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٩، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٣.
(٧) في (ج): (فإذا) بدل (وإذا).
(٨) في (أ، ج): (أو آستحق) بدل (واستحق). والمعنى: آستحق الموهوب مستحق. «الكتاب» ٢/ ١٧٧، و«الهداية» ٣/ ٢٢٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٢، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٤.
(٩) ينظر المراجع السابقة.

اشتراط العوض في الهبة وأثره

قال: (وإذا شرط العوض اعتبرنا حكم الهبة قبل القبض والبيع بعده، لا البيع مطلقًا)

إذا قال: وهبتك هٰذا علىٰ أن تعوضني كذا[١]، فقيل: لا يجبر على التسليم، ولا يملك[٢] الموهوب له قبل القبض، ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة، ولا يثبت الشفعة.

وهٰذِه أحكام الهبة، فإذا تعاوضا[٣] لزم العقد، وصار في حكم البيع، فيثبت الشفعة ويرد بالعيب [١/٢١٠، (أ)] وبخيار الرؤية، ولو استحق[٤] يرجع بالعين إن كان قائمًا، وبقيمته إن كان مالكًا من الطرفين[٥].

وقال زفر رحمه الله: هو بيع أولا وآخرا[٦]؛ لأنه عقد اشترط فيه العوض، فكان مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهٰذا هو البيع، كما لو قال[٧]: وهبته لك بكذا، و[٨] لهٰذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقًا؛

---

(١) لفظ: (كذا) غير موجود في (أ).

(٢) في (ج): (يملكه).

(٣) في (ج): (تعارضا).

(٤) في (ج): (استحقت).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٧٧، و«المبسوط» ١٢/ ٧٩-٨٠، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ١٦٦، و«الهداية» ٣/ ٢٢٩، و«الاختيار» ٣/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٢، و«الدرر الحكام» ٢/ ٢٢٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٤.

(٦) «المبسوط» ١٢/ ٧٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٩٩/ب، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٢٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٩.

(٧) في (ج): (كان).

(٨) في (ج): (أو).

ٱعتبارًا للمعنىٰ[١][٢].

ولنا: أنه بشرط العوض لم يخرج عن كونه هبة قبل التعويض؛ لأن الموجود قبل القبض ليس إلا الهبة المشرطة بالعوض، وإنما يأخذ حكم مبادلة المال بالمال بعد التعويض، فكان هبة في الٱبتداء وبيعًا في الٱنتهاء، وبخلاف ما ٱستشهد به؛ لأنه تمليك بعوض، فكان بيعًا إن ٱتصل به القبول، وبخلاف بيع العبد من نفسه؛ لأنه لا يمكن ٱعتبار البيع فيه، لعدم صلاحيته لملك نفسه[٣].

رجوع الواهب بالهبة بعد أن ضحى بها الموهوب، أو نذر التصدق بها

قال: (ولو ضحىٰ بالموهوب، أو نذر التصدق به يُسقِطُه)

رجل وهب شاة من رجل فقبضها، ثم قال: لله عليَّ أن أتصدق بهٰذِه الشاة، أو ضحىٰ بها، ثم أراد الواهب الرجوع، قال أبو يوسف رحمه الله: ليس له ذلك[٤]؛ لأنها خرجت عن ملكه إلىٰ الله ﷻ بما وجد منه.

ولهٰذا[٥] لم يجز بيعها عنده، فصار كما لو ملكها غيره، أو تصدق بها

---

(١) في (ج): (للمعين) بدل (للمعنىٰ). (٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ١٢/ ٧٩-٨٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٢٩، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٤، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٤٩-١٥٠.

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٩٩، و«منظومة النسفي» لوحة ٧٠/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٣/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢.

(٥) من قوله: (ثم أراد الواهب..) إلىٰ قوله: (بما وجد منه، ولهٰذا) غير موجود في (ج).

وسلمها، أو تصدق بلحمها وسلمه. وقال محمد[١] رحمه الله: وهو رواية عن أبي حنيفة[٢] ﷺ: له ذلك؛ لأنها لم تخرج عن ملكه؛ ولهٰذا جاز بيعها عندهما، وما تقرب به إلىٰ الله -تعالىٰ- وهو التضحية فقد حصل بإراقة الدم، والرجوع لا يرد عليها بل علىٰ باقي أجزائها، بخلاف ما لو سلمها، أو سلم اللحم إلى الفقير؛ لخروجها عن ملكه حينئذ[٣].

أثر هبة السيد عبده لدائن العبد، ثم رجوعه في الهبة

قال: (ولو وهب عبده المديون من رب الدين فسقط دينه، ثم[٤] رجع[٥] فيه، يعيده، وأبطله، ومنع من الرجوع في رواية)

رجل له علىٰ عبد[٦] آخر دين، فوهب العبد منه، فسقط دينه؛ لامتناع أن يثبت للمولىٰ علىٰ عبده دين، ثم إن الواهب رجع في العبد.

قال أبو يوسف رحمه الله: يعود الدين كما كان[٧].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «المبسوط» ١٢/ ٩٩-١٠٠، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٣/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٣، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٢، و«در المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ٣٦٢.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ج): (لم).

(٥) في (ج): (يرجع).

(٦) لفظ: (عبد) غير موجود في (ج).

(٧) «منظومة النسفي» لوحة ٧٠/ب، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٣/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٥، و«در المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ٣٦٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٧٠٣-٧٠٤.

وقال محمد رحمه الله: لا يعود الدين - في رواية[١]، وقال- في رواية[٢] هشام-: ليس له[٣] الرجوع فيه أصلًا[٤].

لأبي يوسف رحمه الله: أنه[٥] بالرجوع ينفسخ الهبة من الأصل، ويعود العبد إلىٰ قديم ملك الواهب. علىٰ أن بطلان الدين حكم لملك[٦] الموهوب له العبد[٧]، فإذا بطل دينه[٨] [٣٢١/أ، (ج)] بطل حكمه، كمن له علىٰ آخر دين مؤجل، فقضاه الدين بدراهم، فاستحقت، يعود الأجل؛ لبطلان القضاء بالاستحقاق[٩].

ولمحمد رحمه الله: أن الدين لما سقط بالهبة لا يعود؛ لامتناع إعادة الساقط[١٠] [٢٤٨/أ، (ب)]. ووجه رواية هشام رحمه الله: أن سقوط الدين عن العبد؛ كزيادة[١١] متصلة، فيمنع الرجوع فيه[١٢].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) عبارة: (وقال في رواية) غير موجودة في (ج).

(٣) لفظ: (له) غير موجود في (ج).

(٤) ينظر المراجع السابقة.

(٥) في (ج): (بأنه) بدل (أنه).

(٦) في (ج): (للملك) بدل (لملك).

(٧) لفظ: (العبد) غير موجود في (ج).

(٨) لفظ: (دينه) غير موجود في (أ). (٩) ينظر المراجع السابقة.

(١٠) قال ابن ملك في «شرح مجمع البحرين» لوحة ١٧٣/أ: (كماء قليل نجس لو أدخل عليه الماء حتىٰ كثر وسال، ثم عاد إلى القلة، لا يعود نجسا).

(١١) في (أ): (لزيادة).

(١٢) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك لوحة ١٧٣/أ، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٥، و«در المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ٣٦٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٧٠٤.

استثناء الواهب حمل الجارية الموهوبة

قال: (أو جارية إلا حملها صحت الهبة، لا الأستثناء)

الأصل في ذلك أن[١] عمل الأستثناء حيث عمل العقد، والعقد لا يعمل في الحمل؛ لتنزله من الأم منزلة الوصف، لما مر في البيع[٢]، فكان هٰذا شرطًا فاسدًا، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العُمرىٰ، وأبطل شرط المعمر[٣]، بخلاف البيع؛ لأنه يبطل بالشرط الفاسد؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط[٤]. ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا، وذلك يعمل في عقود المعاوضات والتبرعات[٥]. لو أعتق الحمل ثم وهب الأم، جازت الهبة[٦]. ولو دبره، ثم وهبها لم يجز.

والفرق: أن بالعتق خرج الحمل[٧] من ملكه، فصار كالاستثناء، فلا يمنع الصحة، وأما التدبير فلم يخرج المدبر عن ملكه[٨]، وأنه متصل

---

(١) لفظ: (أن) غير موجود في (ج).

(٢) تقدم.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٧٨، و«المبسوط» ١٢/ ٧٣، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ١٦٤، و«الهداية» ٣/ ٢٢٩، ٢٣٠، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٢، ١٠٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٥.

(٦) «المبسوط» ١٢/ ٧٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٥، و«الهداية» ٣/ ٣٣٠، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٦.

(٧) لفظ: (الحمل) غير موجود في (ج).

(٨) من قوله: (فصار كالاستثناء...) إلىٰ قوله: (...المدبر عن ملكه) غير موجود في (ج).

بالأم اتصال خلقه، فمنع صحة القبض، فصار كالمشاع، ولا يمكن تنفيذ الهبة في الحمل؛ لمكان التدبير، فصار كهبة شيء مشغول بملك الواهب، فلا تصح[1].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٥، و«الهداية» ٣/ ٣٣٠، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٣، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٥٠، «الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٦، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٥-٣٦٦.

فصل في العمرى، والصدقة

حكم العمرى، والرقبى، وشرط المعمر الاسترداد بعد موت المعمر

قال: (وتجوز العمرىٰ للمعمر في حياته، ولورثته من بعده، ويبطل الشرط، ويجيز الرقبىٰ، وأبطلاها)

أما العمرىٰ فجائزة[١]؛ لما روينا[٢]، ويبطل شرط المُعَمِرِ[٣]، وهو: أن يجعل داره له عمره، فإذا مات اٌستردها[٤].

وَالرُّقْبىٰ باطلة عند أبي حنيفة[٥]، ومحمد[٦] رحمهما الله وهي أن

---

(١) «مختصر اٌختلاف العلماء» ٤/ ١٤٦، و«المبسوط» ١٢/ ٩٤-٩٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٦، و«الهداية» ٣/ ٢٣٠، ٣/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٥٠-١٥١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٦-٢٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٦.

(٢) من أنه ﷺ (أجاز العمري، وأبطل شرط المعمر). وقد سبق تخريجه.
وقوله ﷺ: «من أعمر عمري فهي للمعمر له في حياته، ولورثته من بعده» .وقد سبق تخريجه.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «الصحاح» ٢/ ٧٥٧، مادة (عمر) و«طلبة الطلبة» ص٢٢٥، و«النهاية» ٣/ ٢٩٨، و«تحرير ألفاظ التنبيه» ص٢٤٠، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص٢٩١، و«المصباح المنير» ٢/ ٤٢٩، و«أنيس الفقهاء» ص٢٥٦ .

(٥) «مختصر اٌختلاف العلماء» ٤/ ١٥٠، و«المبسوط» ١٢/ ٨٩، و«الكتاب» ٢/ ١٧٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٧، و«الهداية» ٣/ ٢٣٠، و«الاختيار» ٣/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٦.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

يقول: داري لك رُقبي؛ ومعناه: إن مت قبلي فهي لي، وإن مت قبلك فهي لك، كأنَّ كل واحد منهما يراقب موت الآخر[(١)]؛ لما روىٰ شريح ﷺ أن النبي ﷺ: (أجاز العمرىٰ ورد الرقبىٰ)[(٢)].

وهٰذا مأخوذ من التراقب[(٣)].

---

(١) «الصحاح» ١/ ١٣٨، مادة (رقب) و«طلبة الطلبة» ص٢٢٥، و«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ٤٠٨-٤٠٩، و«النهاية» ٢/ ٢٤٩، و«لسان العرب» ١/ ١٢٠٤، مادة (رقب) و«المصباح المنير» ١/ ٢٣٤، مادة (رقب) و«أنيس الفقهاء» ص٢٥٧.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٢٨: (غريب).
وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٨٥: (لم أجده).
وقال ابن قطلوبغا في «منية الألمعي» ص٥٢: (رواه محمد بن الحسن بهٰذا اللفظ في الإملاء).
وقال أيضًا في تعليقاته علىٰ «الدراية» ص٦٣: (رواه الإمام محمد بن الحسن بهٰذا اللفظ).
وقال السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٨٩: (حديث الشعبي عن شريح رحمهما الله أن النبي ﷺ: «أجاز العمري ورد الرقبي» الحديث صحيح.
قال العلائي في «جامع التحصيل» ص١٩٥: (شريح ذكره ابن عبد البر في كتاب الصحابة؛ لكونه أدرك الجاهلية، وإلا فهو تابعي على الصحيح، وقد روىٰ عن النبي ﷺ حديثًا وهو مرسل، لكنه من أصح المراسيل؛ لأنه من كبار التابعين، وقيل: إنه لقي النبي ﷺ).
وقال ابن حجر في «تهذيب التهذيب» ٤/ ٣٢٦: (روىٰ عن النبي ﷺ مرسلًا، وعن عمر، وعلي، وابن مسعود، وعروة البارقي، وعبد الرحمن ابن أبي بكرة، وعنه أبو وائل والشعبي، وقيس بن أبي حازم....).

(٣) بمعنى المراقبة، فكأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. «غريب الحديث» للهروي ٢/ ٧٧، و«الصحاح» ١/ ١٣٨، مادة (رقب) و«طلبة الطلبة» ص٢٢٥، و«النهاية» ٢/ ٢٤٩، و«لسان العرب» ١/ ١٢٠٤، مادة (رقب) و«المصباح المنير» ١/ ٢٣٤، مادة (رقب) و«التعريفات» ص١٤٨.

وما روىٰ جابر ﷺ: أنه[١] ﷺ: أجاز العمرىٰ والرقبىٰ)[٢] فمأخوذ من الإرقاب؛ ومعناه: رقبة داري لك[٣]، وذلك جائز، لكنه لما ٱحتمل الأمرين[٤] لم تثبت الهبة بالشك، فيكون عارية.

---

(١) لفظ: (أنه) غير موجود في (أ).

(٢) «سنن أبي داود» ٣/ ٢٩٥، رقم (٣٥٥٨) كتاب: البيوع، باب: في الرقبي، و«سنن الترمذي» ٣/ ٦٣٣-٦٣٤، رقم (١٣٥١) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في الرقبي، وقال: (هٰذا حديث حسن)، و«سنن النسائي» ٦/ ٢٧٤، رقم (٣٧٣٩) كتاب: العمري، باب: ذكر ٱختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمري، و«سنن ابن ماجه» ٢/ ٧٩٧، رقم (٢٣٨٣) كتاب: الهبات، باب: الرقبي، و«السنن الكبرىٰ» للبيهقي ٦/ ١٧٥، كتاب: الهبات، باب الرقبي ، و«مسند أحمد» ٣/ ٣٠٣.
وذكر الحديث الحافظ المنذري في «مختصر سنن أبي داود» ٥/ ١٩٦، وسكت عنه، وكذا ابن حجر في «فتح الباري» ٥/ ٢٤٠، وسكت عنه، وقال الشوكاني في «نيل الأوطار» ٧/ ١٠٣: (قال ابن رسلان في «شرح السنن» ما لفظه: (هٰذا الحديث رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح)، ويشهد لصحته أحاديث الباب المصرحة بأن المعمر والمرقب يكون أولىٰ بالعين في حياته وورثته من بعده).
وقال الألباني في «إرواء الغليل» ٦/ ٥٥: (صحيح لغيره)، وذكره أيضًا في «صحيح سنن أبي داود» (٦٧٩).
وقال ابن حجر في «فتح الباري» ٥/ ٢٤٠: (روى النسائي بإسناد صحيح عن ابن عباس موقوفًا: العمري والرقبي سواء).
وقال الشوكاني في «السيل الجرار» ٣/ ٣٠٧-٣٠٨: (أخرج أحمد والنسائي من حديث ابن عباس بإسناد صحيح: (العمري جائزة لمن أعمرها، والرقبي جائزة لمن أرقبها).

(٣) ذكر ذلك كثير من فقهاء الحنفية. ينظر: «المبسوط» ١٢/ ٨٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٣-٥٤، و«حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٣٦.
قال المطرزي في «المغرب» ١/ ٣٤١: (اشتقاقها من رقبة الدار غير مشهور) .

(٤) في (أ): (الإرث) بدل (الأمرين).

وقال أبو يوسف رحمه الله: هي جائزة[(١)]؛ لما رواه جابر[(٢)] ﷺ؛ ولأن قوله: داري لك تمليك، وقوله: رقبي شرط فاسد، فلا تبطل به الهبة.

ولهما: حديث شريح[(٣)] ﷺ؛ ولأنه تعليق الملك بالخطر، فلا يصح، ويكون عارية عندهما؛ لأنه مأذون له في الآنتفاع بها من قبل المالك[(٤)(٥)].

إذا قال: جميع مالي، أو ما أملكه، أو ما ينسب إلي، أو يعرف بي لفلان

قال: (ولو قال: جميع مالي، أو ما أملكه لفلان، كان هبة، أو ما ينسب إليَّ، أو يعرف بي، كان إقرارًا)

أما الأول: فلأن ما هو[(٦)] ملكه حقيقة [٢١٠/ب، (ا)] يستحيل أن يكون ملك غيره إلا بواسطة تمليكه، فيكون هبة[(٧)].

---

(١) «مختصر آختلاف العلماء» ٤/ ١٥٠، و«المبسوط» ١٢/ ٨٩، و«الكتاب» ٢/ ١٧٨، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ١٦٠، و«الهداية» ٣/ ٢٣٠، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٦.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) في (ج): (الملك) بدل (المالك).

(٥) و«المبسوط» ١٢/ ٨٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١١٧، و«الهداية» ٣/ ٢٣٠، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«الدرر الحكام» ٢/ ٢٢٥، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٦، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٧٨.

(٦) عبارة: (ما هو) غير موجودة في (أ).

(٧) «الاختيار» ٣/ ٥٤، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٣/ب، «الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٣٦٠، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٧، و«در المتقىٰ في شرح الملتقىٰ» ٢/ ٣٦٧، و«الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٩٣، ٥٩٤.

وأما الثاني: فيجوز أن يكون للمقر له، وهو في يده، ويعرف به، وينسب إليه[١]، وهٰذِه من الزوائد.

اشتراط القبض في الصدقة، وامتناع الرجوع فيها بعد القبض، أو كانت لفقير أو غني، وحكم الصدقة في المشاع

قال: (ويشترط القبض في الصدقة[٢]، ولا تصح في مشاع كالهبة، ولا رجوع فيها بعد القبض، ولا في الهبة للفقير، ولا الصدقة على الغني)

أما ٱشتراط القبض؛ فلأنها تبرع، فكانت[٣] كالهبة، فيشترط فيها القبض[٤]. ولا تصح في المشاع[٥]؛ لما مرَّ، ولا يصح فيها الرجوع؛ لأن المقصود من الصدقة حصول الثواب، وقد حصل[٦].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) الصدقة: العطية يبتغي بها المثوبة من الله تعالىٰ. «المغرب» ١/ ٤٦٩، مادة (صدق) و«التعريفات» ص١٧٣، و«القاموس المحيط» ص٨١٠، مادة (صدق) و«أنيس الفقهاء» ص١٣٤، و«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٤٥٢، و«معجم لغة الفقهاء» ص٢٤٣.

(٣) في (ج): (وكانت) بدل (فكانت).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٧٨، و«الهداية» ٣/ ٢٣١، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٥١، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٧، و«كشف الحقائق» ٢/ ١٥١.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

وأما الهبة للفقير -وهي من الزوائد؛ فلأن المقصود من تلك الهبة الثواب، وكذا[1] الصدقة على الغني؛ لأن المقصود [٣٢١/ب، (ج)] إعانته على النفقة؛ لكثرة عياله؛ ولهٰذا عبر عن ذلك بلفظ الصدقة، ثم المعتبر هاهنا جهة المعنىٰ دون اللفظ، فالهبة إذا صادفت الفقير كانت صدقة، والصدقة إذا صادفت الغني كانت هبة، وإن[2] سقط الرجوع فيها لمعنىٰ لاحق بها[3].

الصدقة على فقيرين وعلى غنيَّيْنْ

قال: (وتجوز الصدقة علىٰ فقيرين، وهي علىٰ غنيين لا تجوز)

هما قاسا الخلافية[4] على الوفاقية[5]؛ ولأن الهبة من ٱثنين جائزة[6]

---

(١) في (ج): (وكذلك). (٢) في (أ): (فإن).

(٣) «الهداية» ٣/ ٢٣١، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٠٤، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٢٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٢٢٤-٢٢٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٩٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٧.

(٤) الخلافية: أي الصدقة علىٰ غنيين، فلا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله. «الجامع الصغير» ص٤٣٧، و«منظومة النسفي» لوحة ١٩/أ، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٩.

(٥) الوفاقية: أي الصدقة علىٰ فقيرين، فتجوز عندهم جميعًا، أبي حنيفة وأبي يوسف، ومحمد رحمهم الله. «الجامع الصغير» ص٤٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٩٧، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٢٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٩.

(٦) في (أ، ب): (جائز) بدل (جائزة).

عندهما؛ لما مرَّ، فالصدقة أولىٰ.

وله: أن الصدقة المصادفة للغنيين هبة؛ اعتبارًا بجهة[١] المعنىٰ، كالحوالة بشرط مطالبة المحيل، فإنها كفالة، وكالكفالة بشرط براءة الأصيل، فإنها حوالة، والهبة من اثنين لا تجوز عنده، بخلاف التصدق علىٰ فقيرين؛ لأن الصدقة إخراج المال إلىٰ الله ﷻ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾[٢]. والفقير مصرف، والله تعالىٰ واحد[٣].

النذر بالتصدق بماله، أو ملكه

قال: (ولم يعينوا الثلث علىٰ من نذر التصدق بماله أو ملكه، ولا عمَّمْنا، بل يخرج في المال [٢٤٨/ب، (ب)] **جنس ما يزكي، وفي الملك الكل، ويحبس قدر النفقة إِلىٰ أن يكتسب فيخرج مثله)**

إذا نذر أن يتصدق بماله، أو ملكه[٤].

قال مالك رحمه الله: يجب إخراج الثلث[٥]؛ لأن في إيجاب الكل

---

(١) في (ب): (الجهة) بدل (بجهة).

(٢) سورة التوبة آية: ١٠٤.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«شرح الوقاية» ٢/ ١٤٧، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٣/ ب، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥٩.

(٤) في (أ): (بملكه) بدل (ملكه).

(٥) «المدونة» ٢/ ٢٤، و«الموطأ» ٢/ ٤٨١، و«أصول الفتيا في الفقه» علىٰ مذهب الإمام مالك ص١٠٣، و«الإشراف علىٰ مسائل الخلاف» ٢/ ٢٤٧، و«الكافي» لابن

إجحافًا به[(١)]، وهو غير مشروع، والتبليغ إلى الثلث في الوصايا مطلق، فقدرناه به[(٢)].

وقال زفر رحمه الله: يجب إخراج الجميع في العبارتين[(٣)]؛ ٱعتبارًا لعموم اللفظ.

وعندنا: إذا نذر أن يتصدق بماله وقع علىٰ جنس ما تجب فيه الزكاة[(٤)]؛ ٱعتبارًا لإيجاب العبد بإيجاب الله تعالىٰ، قال تعالىٰ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾[(٥)]. فيتصدق بالنقدين، وعروض التجارة، والسوائم[(٦)]،

عبد البر ١/ ٢٠٣، و«بداية المجتهد» ١/ ٣١٣، و«قوانين الأحكام الشرعية» ١/ ١٨٩، و«مختصر خليل» ص١٠١، و«بلغة السالك» ١/ ٣٤٩.

(١) لفظ: (به) غير موجود في (أ).

(٢) ينظر أدلة المالكية في المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ١٢/ ٩٣، و«منظومة النسفي» لوحة ٩٩/ب، و«الهداية» ٣/ ١١٣، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٢، و«شرح الوقاية» ٢/ ٧٣، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٢٩، «الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٨١، و«كشف الحقائق» ٢/ ٧٣.

(٤) «المبسوط» ١٢/ ٩٣، و«الكتاب» ٢/ ١٧٩، و«تحفة الفقهاء» ٣/ ٣٧٩، و«الهداية» ٣/ ٢٣١، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٢، و«شرح الوقاية» ٢/ ٧٣، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٨٠.

(٥) سورة التوبة آية (١٠٣).

(٦) السَّوَائِم: جمع سائمة يقال: سأمت الماشية؛ رعت: والمراد بها هنا الراعية المكتفية بالرعي، أو كان الأغلب من شأنها الرعي.

«حلية الفقهاء» ص١٠٠، و«طلبة الطلبة» ص٣٩، و«المغرب» ١/ ٤٢٣، و«المطلع علىٰ أبواب المقنع» ص١٢٢، و«حاشية ابن عابدين» ٢/ ٢٧٥، و«المذكرات الجلية في التعريفات اللغوية والاصطلاحية» ص١٣، و«معجم لغة الفقهاء» ص٢١٢.

والغلة، والثمرة العُشْرِيَّة، والأرض العشرية[(١)]، خلافًا لمحمد[(٢)] رحمه الله؛ لأن الغالب في العشر معنى العبادة، حتىٰ لا يجب على الكافر، فكانت في معنى الزكاة، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال؛ لأنها ليست بأموال الزكاة[(٣)]. ولو نذر أن يتصدق بملكه[(٤)]، فهو على الجميع[(٥)]. وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: لفظ الملك أعم عرفًا[(٦)] والأول أصح[(٧)]؛ لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى

---

(١) الثمرة العَشْرِيَّة: هي التي خرجت في الأرض العشرية، والأرض العشرية: هي التي أسلم أهلها عليها طوعًا، أو كرهًا ثم أقر أهلها عليها كمكة، أو فتحت عنوة وقسمت بين المسلمين، أو التي أحياها المسلمين.
«الخراج» لأبي يوسف ص٦٨-٦٩، و«الأموال» لأبي عبيد ص٢٠، و«الأحكام السلطانية» للماوردي ص٢٦٣، و«الأحكام السلطانية» لأبي يعلىٰ ص١٦٢-١٦٣، و«أحكام أهل الذمة» ١/ ١٠١-١٠٢، و«الاستخراج لأحكام الخراج» ص١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٦.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٣، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك، لوحة ١٧٣/ب، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٨١، و«غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام» ٢/ ٤١٨.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ج): (يملك) بدل (بملكه).

(٥) «المبسوط» ١٢/ ٩٣، و«الكتاب» ٢/ ١٧٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢١، و«الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٣، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٢٩، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٧، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٨٠.

(٦) «الاختيار» ٣/ ٥٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٧، وينظر المراجع السابقة، فقد نصوا علىٰ هٰذِه الرواية إلا أنهم لم ينسبوها لأبي يوسف رحمه الله.

(٧) «المبسوط» ١٢/ ٩٣، و«الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٣، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٤٢٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٧، و«مجمع الأنهر»

الملك، وأنه يوجب تخصيص المال، فبقي الملك علىٰ عمومه[١].

وإن لم يكن له مال سوىٰ مال الزكاة لزمه أن يتصدق بكله إجماعًا[٢]، ويمسك منه ما ينفقه، إلىٰ أن يكتسب شيئًا، فيخرج مثله؛ لأنه لو تصدق بالكل احتاج إلى السؤال، أو الموت جوعًا؛ وأنه ضرر فاحش، فيمسك قدر الحاجة؛ دفعًا للضرر عنه، ويمسك مقدار كفايته علىٰ قدر حاله، وإنما لم يعين مقدارًا معلومًا؛ لاختلاف أحوال الناس في ذلك[٣].

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب[٤].

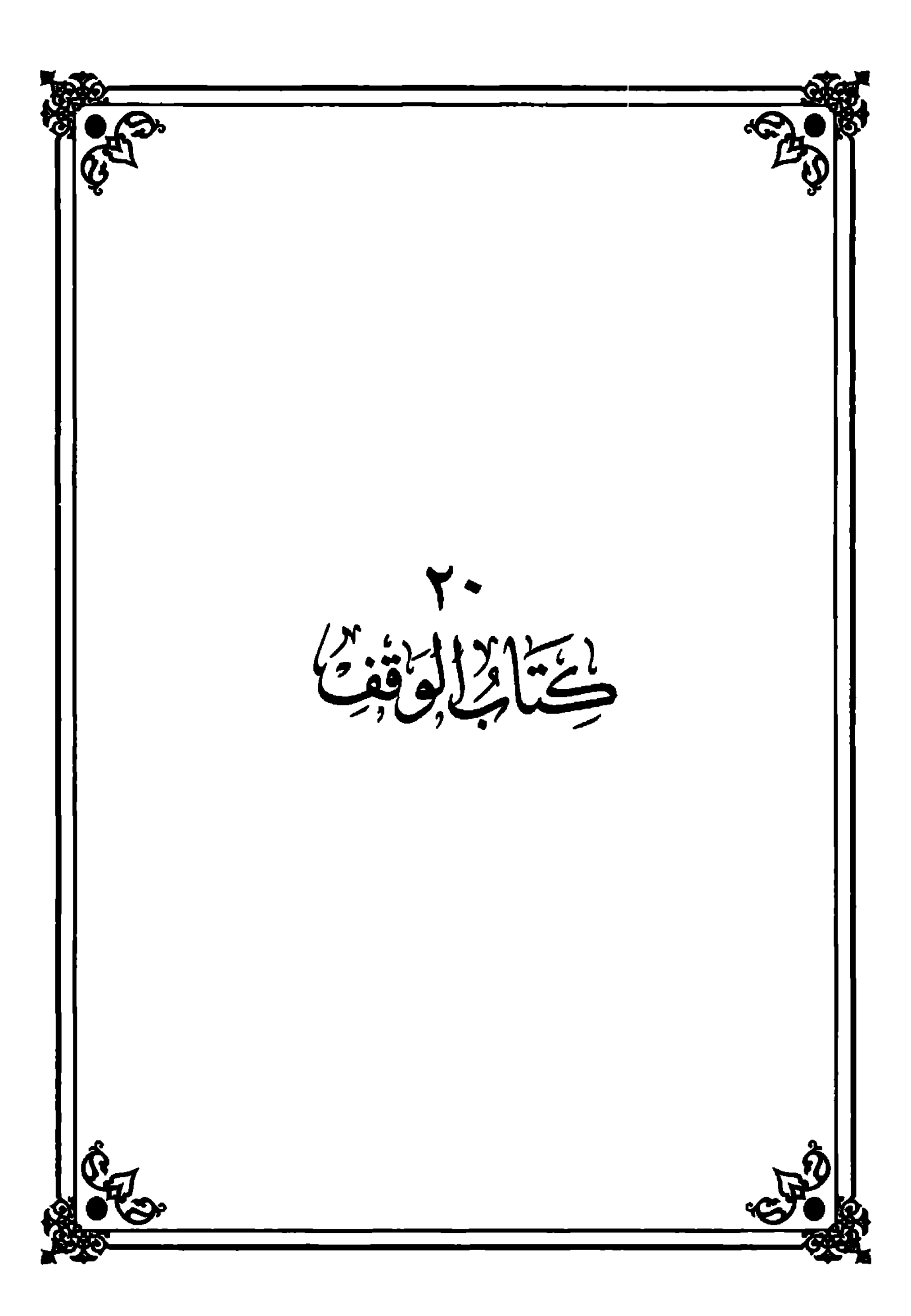
٢/ ١٨٠-١٨١، و«غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام» ٢/ ٤١٨، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٧٩.

(١) ينظر المراجع السابقة.

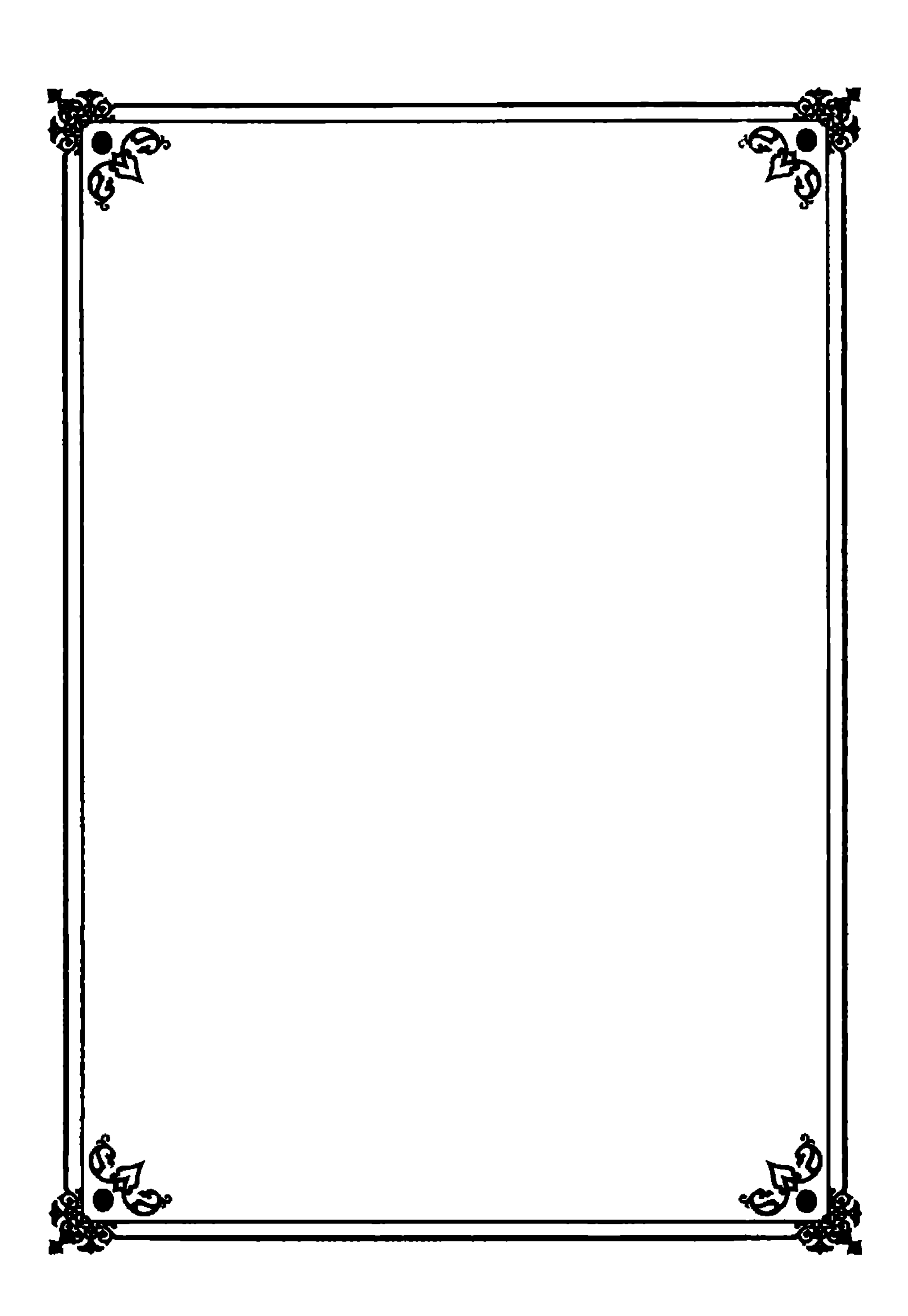
(٢) «الاختيار» ٣/ ٥٤، وينظر المراجع السابقة، وإن لم يصرحوا بالإجماع، إلا أنهم لم يذكروا إلا هٰذا القول. ومراد المؤلف بالإجماع إجماع الحنفية؛ لأنه سبق وأن ذكر قول الإمام مالك رحمه الله: أن الواجب إخراج الثلث- قلت: وهٰذا قول الإمام أحمد رحمه الله. «المدونة» ٢/ ٢٤، و«الموطأ» ٢/ ٤٨١، و«الإشراف علىٰ مسائل الخلاف» ٢/ ٢٤٧، و«الكافي» لابن عبد البر ١/ ١٠٣، و«بداية المجتهد» ١/ ٣١٣، و«مسائل الإمام أحمد لابنه صالح» ١/ ٤١٠، و«مسائل الإمام أحمد لأبي داود» ص٢٣، و«مختصر الخرقي» ص١٤٢، و«الكافي» لابن قدامة ٤/ ٤٢٢، و«الإنصاف» ١١/ ١٢٧، و«شرح منتهى الإرادات» ٣/ ٤٥١.

(٣) «المبسوط» ١٢/ ٩٣، «الكتاب» ٢/ ١٧٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢١، و«الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٨، و«الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام» ٢/ ٤١٨، و«مجمع الأنهر» ٢/ ١٨١.

(٤) عبارة: (وإليه المرجع والمآب) غير موجودة في (أ).



٢٠
كتاب الوقف



بسم الله الرحمن الرحيم

ربّ تمم بالخير

كتاب الوقف[1]

قال: (الوقفُ جائزٌ ولزُومُه بالقضاءِ أو بعد الموتِ إذا عُلِّق به، وقالا: هو لازمٌ مطلقًا فُيخرجه عن مِلْكِهِ بالقول من غير تسليمٍ إلىٰ وليٍّ وشَرَطَهُ، ويجيزه في المشاع، ومنعه فيما يَحتملُ القسمةَ، ولا يجوز في المسجد والمقبرة، ويجيز شرط المنفعة والولاية لنفسه وخالفه فيهما، ويجيزُه من غير ذكر تأبيدٍ ويكون للفقراءِ، وإن لم يسمهم).

الوقفُ عند أبي حنيفةَ ﷺ: هو حبسُ العين علىٰ مِلْكِ الواقف[2].

والتصدُّقُ بالمنفعة بمنزلة العارية: فقيل: لا يصحُّ أصلًا؛ لأنَّ المنفعة معدومةٌ والتصدق بالمعدوم لا يتصور، والأصحُّ أنه جائزٌ عنده بمنزلة

---

(١) وجه المناسبة بين هٰذا الكتاب وكتاب الهبة وهو ما قبل هٰذا الكتاب، أن الهبة تبرع بالأعيان والمنافع، والوقف تبرع بالمنافع فيتقاربان.
«المستجمع شرح المجمع» ٢/ ٦٩٠، و«اللباب في شرح الكتاب» ٢/ ١٧٩.
والوقف في اللغة: يطلق علىٰ عدة معان منها الحبس: يقال حبست الشيء أي وقفته. ويطلق علىٰ ما يستدير بحافة الترس من قرن أو حديد. وكذا يطلق على السوار من عاج.
«الكليات» ص٩٤٠، و«مختار الصحاح» ص٦٥٠، و«المعجم الوسيط» ص١٠٥٢ مادة (وقف).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٨٠، و«المبسوط» ١٢/ ٢٧، و«الهداية» ٣/ ١٥، و«الاختيار» ٣/ ٥٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٣١.
وعرّفه المالكية: تحبيس الأصل علىٰ وجه القربة.

العارية إلَّا أنَّه غيرُ لازمٍ حتىٰ جاز له تمليكه ويورث عنه ولزومُه بحكم الحاكمِ دون المحكم ففيه ٱختلافُ المشايخ (رحمهم الله)[(١)]؛ لأنَّ حكمَ الحاكمِ يصادف مختلفًا فيه فينفذ ويلزم، ولا يكون لقاضٍ آخر إبطالهُ أو بالتعليق بالموت، فيلزم بعد الموتِ لا قبله وهٰذا هو الصحيحُ؛ لأنه بمنزلة الوصيةِ بالغلة ولزوم الوصية بعدَ الموت، ولا يلزم علىٰ هٰذا أنَّ المِلْكَ إذا كان باقيًا فيه إلى الموت فالمانعُ ٱنتقاله إلى الوارث؛ لأنَّا نقول: المانعُ منه تعلُّقُ حقِ الميت به من جهة وصول ثوابه إليه (بعد الموتِ)[(٢)] على الدوام.

وعندهما[(٣)]: هو لازمٌ من غير حكم حاكمٍ ولا تعليق بموته، وهو معنىٰ قولِه: مطلقًا؛ لأنَّ الحاجةَ ماسةٌ إلىٰ لزومه[(٤)]؛ ليصل ثوابه إليه على الدوام، والإمكانُ قائمٌ لإزالة الملك إلىٰ الله تعالىٰ في رقبة الموقوف بجهةٍ مخصوصةٍ فيصبحُ كالإعتاقِ وكالمسجد إذا عزله عن مِلْكِه وصلِّي فيه بإذنه.

«المعونة» ٣/ ١٥٩٢.

وعرّفه الشافعية: حبس مال يمكن الأنتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته علىٰ مصرف مباح موجود.

«مغني المحتاج» ٢/ ٣٧٦.

وعرّفه الحنابلة: أنه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة.

«المقنع»، و«الشرح الكبير»، و«الإنصاف» ١٦/ ٣٦١.

(١) من (ج). (٢) ساقطة من (ب).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٦-٣٤٧، و«الاختيار» ٣/ ١٥٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٥٠-٣٥١، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٣٣٨-٣٣٩.

(٤) في هامش (أ): (أي إلىٰ لزوم الوقف.

وله قولُه ﷺ: «لا حَبْسَ عَنْ فرائضِ اللهِ تعالىٰ»[(١)] وعن شُريحٍ[(٢)]: جاء محمدٌ ﷺ ببيع الحبيس[(٣)]؛ ولأنَّ الأنتفاعَ به زراعةٌ وسكنىٰ وغيُر ذلك (هٰذا)[(٤)]، دليلُ قيام المِلكِ، وتصرف الواقفُ فيه بصرف غلاتهِ إلىٰ مصارفها ونصب المتولي عليه دليلُ قيام مِلْكِه، إلَّا أنه تصدقُ[(٥)] بالمنفعة فأشبه العاريةَ بخلاف الإعتاقِ؛ لأنَّه إتلافٌ وبخلاف المسجد فإنه جعله خالصًا لله تعالىٰ؛ ولهٰذا أنقطع الأنتفاعُ به.

وقيل: كان أبو يوسفَ رضي الله عنه يقول أولًا بذلك إلىٰ أنْ سمع حديثَ عمر رضي الله عنه فرجع وقال: لو بَلَغَ هٰذا أبا حنيفة رضي الله عنه لرجع[(٦)].

وهو ما رواه محمدُ بنُ الحسن رضي الله عنه، عن صخرِ بنِ جويريةَ[(٧)]، عن

---

(١) رواه الدارقطني ٤/ ٩٨، والبيهقي ٦/ ١٦٢ من حديث ابن عباس، وقال الدارقطني: لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان، وورواه ابن أبي شيبة موقوفًا علىٰ علي بإسناد حسن ٤/ ٣٥٤ كما بينه الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٤٥ (٧٥٧).

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) كذا في جميع النسخ، وفي ابن أبي شيبة ٤/ ٣٥٥، والبيهقي ٦/ ١٦٣: (بمنع الحبس) وهو الموافق للسياق.

والحبيس: مفرد حبُس -بضم الباء- وأراد به ما كان أهل الجاهلية يحبسونه ويحرمونه من ظهور الحامي والسائبة والبحيرة وما أشبهها.

«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ١٨٧، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ٣٢٩.

(٤) من (ج).

(٥) في (ب): (تصرف).

(٦) «المبسوط» ١٢/ ٢٨-٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٦-٣٤٧، و«الهداية» ٣/ ١٥-١٦، و«الاختيار» ٣/ ٥٠.

(٧) هو صخر بن جويرية البصري أبو نافع مولىٰ بني تميم، ويقال: مولىٰ بني هلال بن عامر. روىٰ عن: حميد بن نافع المدني، وعامر بن عبد الله بن الزبير بن العوام،

نافع، عن ابن عمرَ[(١)] رضي الله عنه أن عمر كانت له أرضٌ تدعىٰ: ثمغ وكانت نخلًا نفيسًا فقال: يا رسولَ اللهِ ﷺ إني آستفدتُ مالًا نفيسًا أفأتصدقُ به؟ فقال: «**تصدَّقْ بأصلهِ لا يُباعُ ولا يُوهبُ ولا يُورَّثُ، ولكن تُنفَقُ ثمرتُه على المساكين**»[(٢)] فتصدق به عمرُ في سبيل الله تعالىٰ وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربىٰ.

ولا جناحَ علىٰ من وليه أن يأكلَ منه بالمعروف أو يوكلَ صديقًا له غيرَ متأثلٍ[(٣)]، ثم إذا خرج الوقفُ من ملك الواقف عندهما[(٤)]، فقال أبو يوسفَ[(٥)] رحمه الله: يزولُ بقوله جعلته وقفًا، وهو قولُ الشافعيِّ رضي الله عنه[(٦)].

وعبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وغيرهم. روىٰ عنه: إسماعيل بن عُلية، وأيوب السختياني -وهو أكبر منه- وبشر بن السري وغيرهم. ذكره ابن حبان في كتاب «الثقات». قال أبو بكر الخطيب: حدث عنه أيوب السختياني وعلي بن الجعد وبين وفاتيهما تسع وقيل: ثمان وتسعون سنة روىٰ له الجماعة سوى ابن ماجه.

انظر ترجمته في «تهذيب الكمال» ١٣/ ١١٦، و«الجرح والتعديل» ٤/ ٤٢٧.

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) رواه البخاري (٢٧٦٤)، ومسلم (١٦٣٢) بدون قوله: «**ثمغ ونخلًا**».

(٣) المتأثل من تَأَثَّل أي تأَصَّل، وأَثَّل مالَه أَصَّله، وتَأَثَّل مالًا آكتسبه واتخذه وثَمَّره. «مختار الصحاح» ص١٥، و«المعجم الوسيط» ١/ ٦. مادة (أثل).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٨٠، و«المبسوط» ١٢/ ٣٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٥١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥، و«فتح القدير» ٦/ ٢٠٣-٢٠٥.

(٥) المراجع السابقة.

(٦) «الوجيز» ١/ ٢٤٥، و«حلية العلماء» ٦/ ٢١، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٨٧-٣٨٨، و«غاية البيان» ص٢٣٠، و«المجموع» ١٦/ ٢٤٢.

وقال محمدٌ[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ: يُشترطُ التسليمُ إلى الوليِّ والإفراز حتىٰ لا يصحَّ عنده في مشاع يَحتملُ القسمةَ، وإن حكم به الحاكم جاز، وأما ما لا يَحتملُ القسمةَ فالشيوعُ غيرُ مانعٍ عند محمد[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ اعتبارًا بالصدقة المنفذة والهبة، وأما المسجد والمقبرةُ فلا يجوز الشيوعُ فيهما إجماعًا؛ لأن بقاء الشركةِ يمنعُ الخلوص لله تعالىٰ وبقبح المهاباة فيهما بأن يصليَ في المسجد يومًا ويسكن يومًا ويدفن في المقبرةِ شهرًا، ويزرع شهرًا بخلاف غيرهما من الوقوف حيث يمكن (الاستغلال)[(٣)] فيها فتقسَّمُ الغلةُ[(٤)]، والخلاف في ذلك مبنيٌ علىٰ أن الوقف عند أبي يوسف[(٥)] رَحِمَهُ اللَّهُ بمنزلة الإعتاق؛ لأنه إزالة المِلْكِ لا إلىٰ أحد تقربًا إلىٰ الله تعالىٰ، وإسقاط الملك لا يتوقف على القبض ولا علىٰ (الإفراز)[(٦)].

وعند محمدٍ[(٧)] رَحِمَهُ اللَّهُ هو هبةٌ لله تعالىٰ بجهةٍ مخصوصةٍ؛ لأنَّ الواقفَ يتقربُ به إلىٰ الله تعالىٰ ويرجو الثوابَ منه، والله تعالىٰ مالكُ الأشياء (حقيقةً)[(٨)] كلها، فلا يتحققُ التمليكُ منه بهٰذِه الجهة المخصوصة إلَّا أن

---

(١) «المبسوط» ١٢/ ٣٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٥١-٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥، و«فتح القدير» ٦/ ٢٠٣.
(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٩-٣٥٠، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٦.
(٣) في (ب): (الاشتغال).
(٤) «المبسوط» ١٢/ ٣٧، و«الهداية» ٣/ ١٦-١٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٦.
(٥) «المبسوط» ١٢/ ٣٥-٣٦، و«الهداية» ٣/ ١٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥.
(٦) في (أ)، (ب) (الإقرار) بدل (الإفراز).
(٧) «المبسوط» ١٢/ ٣٥-٣٦، و«الهداية» ٣/ ١٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥، و«فتح القدير» ٦/ ٢٠٨-٢٠٩
(٨) من (جـ).

ينقطع عن الموقوف ما كان له من الاختصاص به كالزكاة والصدقة، فوجب (الإفرازُ)[١] والتسليمُ إلى الوليِّ، وحكمُ المسجد والمقبرةِ من الزوائد.

وأمَّا شرط المنفعةِ لنفسه فجائزٌ عند أبي يوسف[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال محمدٌ[٣] والشافعيُّ[٤] وهلالٌ الرازيُّ[٥]: لا يجوز[٦] وقيل: الخلاف فيها مبنيٌّ على الخلاف في ٱشتراط القبض والإفراز وقيل: بل هي مسألةٌ مبتدأةٌ ولا يتفاوت الحال في الخلاف بين (ما إذا شرط)[٧] الكلَّ لنفسه أو البعض ثُّم يكونُ من بعد موتهِ للفقراء. ولمحمد[٨] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن الوقف تبرعٌ علىٰ وجه التمليك علىٰ ما مرّ، فاشتراطُ الكلِّ أو البعض لنفسه مبطلٌ له؛ لأنَّ التمليكَ من نفسه لا يتحقق فصار كما /١أ/ في الصدقة المنفذة، واشتراطُ قطعةٍ من المسجد لنفسه. ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ما روي أنه ﷺ كان يأكلُ من

---

(١) في (أ)، (ب) (الاقراز) بدل (الإقرار).

(٢) «المبسوط» ١٢/ ٤١، و«الهداية» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨، و«اللباب فیٰ شرح الكتاب» ٢/ ١٨٥-١٨٦.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «حلية العلماء» ٦/ ١٥، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٨٣، و«المجموع» ١٦/ ٢٣٢-٢٣٣.

(٥) هلال الرأي: هو هلال بن يحيىٰ بن مسلم، الرأي، البصري، وما ذكره من المتن من لقبه الرازي فهو غلط وتصحيف وقع فیٰ بعض الكتب نص عليه القرشي فیٰ «الجواهر المضية» وقيل له الرأي لسعة علمه وكثرة فهمه وأخذ الفقه عن أبیٰ يوسف وزفر وله مصنف فی الشروط وأحكام الفقه. مات سنة ٢٤٥هـ. «الجواهر المضية» / ١٧٧٩، و«الطبقات السنية» / ٢٦٣٨.

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٨٦، و«المبسوط» ١٢/ ٤١، و«الهداية» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨.

(٧) في (ب): (اشتراط)، وفي (ج): (ما ٱشترط).

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٨٦، و«المبسوط» ١٢/ ٤١، و«الهداية» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩.

صدقته[١]، والمراد وقفه، ولا يحل الأكلُ إلَّا بالشرط، فكان مشروعًا؛ ولأنَّ الوقفَ إزالةُ الملكِ إلىٰ الله تعالىٰ، فإذا جعله لنفسه فقد جعل ما هو لله تعالىٰ لنفسه لا ملك نفسه لنفسه، وذلك جائز ونظيره ما إذا بنىٰ خانًا[٢] أو سقاية أو وقف مقبرةً، وشرط سكناه وشربه ودفنه، وأما شرط الولاية لنفسه فيجوز عند أبي يوسف[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وهو قول هلال[٤]، وهو ظاهر المذهب[٥]، ولا يصحُّ عند محمدٍ[٦] بناءً على ٱشتراط التسليم عنده، فاشتراطُ الولاءِ لنفسه ينافي شرط صحة الوقفِ.

ولنا[٧]: أنَّ المتولي للوقف إنما يستفيدُ الولايةَ عليه من جهة الواقف بشرطه، ومن لا ولاية له في نفسه يستحيلُ أنْ يفيدها غيَره، ولأنَّه أقربُ الناس إليه فيكون أولىٰ به، كالمعتق أولىٰ بالولاء، وإذا كان الواقفُ غيَر مأمونٍ على الوقفِ فللقاضي ٱنتزاع الوقف منه نظرًا للفقراء كما يخرج الوصي نظرًا للصغار، ولو شرط (الواقفُ)[٨] أنْ ليس لسلطان ولا قاضٍ عزله لا يلتفت إليه لكونه شرطًا مخالفًا للشرع.

---

(١) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٤٦ (٧٥٩): (لم أجده.

(٢) خانًا: الخان ما ينزل به المسافرون أى النزل أو الفندق «المصباح المنير» ١١٣ مادة خان

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٨٦، و«المبسوط» ١٢/ ٤١، و«الهداية» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨، و«شرح فتح القدير» ٦/ ٢٢٥.

(٤) «الهداية» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩.

(٥) «الهداية» ٣/ ٢٠، و«حاشية شلبي علىٰ تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩.

(٦) «الهداية» ٣/ ٢٠-٢١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩.

(٧) ينظر المرجعان السابقان.

(٨) من (ب)، (جـ).

وأمَّا ذكرُ التأبيد فشرطٌ عندهما[(١)] وليس بشرط عند أبي يوسف[(٢)] وإنما جعل الخلاف في ذكر التأبيد دون نفس التأبيد؛ (لأنَّ التأبيدَ)[(٣)] شرطٌ بالإجماع وهو الصحيح، وإنما الخلافُ في ذكره، فقال أبو يوسفَ[(٤)]: إذا ذكر جهةً تنقطع جاز وكان بعدها للفقراء، وإن لم يسمهم؛ لأنَّ لفظَ الوقف والصدقة ينبئ عن التأبيدِ لكونه إسقاطًا للمِلْكِ بدون التمليك كالإعتاقِ، فينصرفُ عند ٱنقطاعِ الجهةِ المعينة إلى الفقراء؛ لأنَّ كونَه صدقةٌ وقربةٌ لا تحصلُ إلَّا بذلك.

ولهما[(٥)]: أنَّ التصدقَ بالغلة قد يقعُ علىٰ وجه التأبيد وقد لا يقع فلم ينصرف مطلقه (إلى التأبيد)[(٦)] فوجب التنصيصُ؛ ولأنَّ المقصودَ من الوقف ٱنقطاعُ ٱختصاص الواقف به، ولا يحصل ذلك إلَّا بذكر التأبيد؛ لأنَّ عند توهمِ ٱنقطاعه لا يترتب على الوقف مقتضاه ولهٰذا كان التأقيت فيه مبطلًا له كالبيع.

قال: (ولا نُدخِله في مِلك الموقوفِ عليه).

إذا صحَّ الوقفُ خرج عن ملك المالك عندنا[(٧)] علىٰ ما بيناه من الخلاف، ثم لا يدخلُ في ملك الموقوف عليه.

---

(١) «الهداية» ٣/ ٢١، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٨٢، و«الهداية» ٣/ ٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٦.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٨-٣٤٩.

(٥) ينظر المرجعان السابقان.

(٦) ساقط من (ب).

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٨٤، و«الهداية» ٣/ ١٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٥٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥.

قال[١] في «شرح الوجيز»[٢]: أمَّا رقبةُ الوقف فالمذهبُ -وهو نصُّه في «المختصر» هنا- أنَّ المِلْكَ فيها ٱنتقل إلىٰ الله تعالىٰ، وفي قول[٣]: إلى الموقوف عليه، وخرج قولُ أنه باقٍ علىٰ مِلْكِ الواقف، وقيل بالأول قطعًا وقيل بالثاني قطعًا، وقيل: إن كان الوقفُ علىٰ معيَّنٍ ملكه قطعًا، وإنْ كان علىٰ جهةٍ ٱنتقل إلىٰ الله تعالىٰ قطعًا[٤]، وهٰذا[٥] كلُّه إذا وقف علىٰ شخصٍ أو جهةٍ عامةٍ، أمَّا[٦] إذا جعل البقعةَ مسجدًا أو مقبرةً فهو فكٌّ عن الملك كتحرير (الرقيق)[٧]، فينقطع عنهما ٱختصاصاتُ الآدميين قطعًا[٨]، ولهٰذا الخلاف فوائد منها: أنَّ نفقةَ العبد والبهيمةِ الموقوفين من حيث شرطِ الواقفِ، فإنْ لم يشترط ففي الأكسابِ

---

(١) القائل هو: الإمام أبي زكريا يحيىٰ بن شرف الحرازمي النووي الفقيه المحدث الحافظ اللغوي المولود سنة ٦٣١هـ، والمتوفىٰ سنة ٦٧٦هـ من مصنفاته: «تهذيب الأسماء واللغات»، و«شرح صحيح مسلم»، و«رياض الصالحين»، و«روضة الطالبين»، و«المنهاج» وغير ذلك.
انظر ترجمته في: «طبقات الشافعية» لابن هداية الله ص٢٦٨-٢٦٩، و«شذرات الذهب» ٥/ ٣٥٤-٣٥٦، و«الأعلام» ٨/ ١٤٩-١٥٠.

(٢) شرح الوجيز: يريد به المؤلف، و«روضة الطالبين»، لأن المسألة التي أوردها المؤلف منقولة بنصها من «روضة الطالبين».

(٣) في جميع النسخ (قوله)، والصحيح هو المثبت وهو الموجود في «روضة الطالبين» ٤/ ٤٠٦.

(٤) في «روضة الطالبين» زيادة: واختاره الغزالي، ولا فرق عند جمهور الأصحاب ٤/ ٤٠٦.

(٥) في «روضة الطالبين» (هٰذا) ٤/ ٤٠٦.

(٦) في «روضة الطالبين» (فأما) ٤/ ٤٠٦.

(٧) في (ب): (الرقبة).

(٨) في «روضة الطالبين» ٤/ ٤١٤.

وعوض المنافع، فإنْ لم يكن العبدُ كاسبًا أو تعطَّل كسبُه ومنافعُه لزمانة[(١)] أو مَرِضَ أو لم يفِ كسبُه بنفقته بنىٰ علىٰ أقوال الملك، فإنْ قيل[(٢)] بأنَّ المِلْكَ للموقوف عليه (لزمته النفقة)[(٣)].

وإنْ قيل بأنَّ (الملك) لله تعالىٰ[(٤)]، ففي بيت المال كما لو أعتق من لا كسب له، وإن قيل[(٥)]: (للواقف فهي)[(٦)] عليه فوجهُ القول بانتقال الملك إلىٰ (الموقوف عليه؛ لأنه سببٌ طرأ على المِلْكِ فلم تتغير به ماليتُه فوجب أنْ يكونَ له مالكٌ كالبيع؛ ولأنه لو لم يدخل في مِلْكِ)[(٧)] الموقوف عليه بقي مالًا ضائعًا وأنه لا يجوز.

ولنا[(٨)]: أنَّ المِلْكَ لو ٱنتقل إلى الموقوف عليه (لم ينتقل عنه)[(٩)] فشرطُ الواقفِ إلىٰ غيره كسائر الأملاك؛ ولأنه إزالةُ مِلْكٍ لا تمليك وما ذكره ينتقض بآلة المسجد وستارة الكعبة وخادمها المشترىٰ لها[(١٠)].

---

(١) يقال: زمن الشخص زمنًا، وزمانة فهو من باب تعب، وهو مرض يدوم زمنًا طويلًا. «المصباح المنير» ص١٥٥ مادة (زمن).

(٢) فىٰ «روضة الطالبين» فان قلنا الملك ٤/ ٤١٤.

(٣) طمس في الأصل وما أثبت من (ب)، و(جـ).

(٤) فىٰ «روضة الطالبين» وإن قلنا لله تعالىٰ ٤/ ٤١٤.

(٥) فىٰ «روضة الطالبين» وإن قلنا للواقف ٤/ ٤١٤.

(٦) في (ب): (الواقف فهو.

(٧) ساقط من (ب).

(٨) «الهداية» ٣/ ١٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٥٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥، و«الكتاب» ٢/ ١٨٤.

(٩) من (ب).

(١٠) «الهداية» ٣/ ١٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٥٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٥، و«الكتاب» ٢/ ١٨٤.

قال: (ونزيلُ[١] مِلكه عن المسجد بقوله، وشرطا: إفرازه[٢] وصلاة[٣] واحد أو جماعة فيه بإذنه).

إذا بنىٰ مسجدًا لا يزولُ ملكه حتىٰ (يفرزه)[٤] بطريقه ويأذنَ للناس بالصلاة (فيه)[٥] فإذا صلَّىٰ (فيه واحدٌ) زال ملكه[٦]، وفي رواية الحسن[٦]: لابدَّ من أن يصلي فيه بجماعة وهو رواية عن محمد[٦]، وقال أبو يوسفَ[٦] يزول عنه ملكه[٧] بقوله جعلتُه مسجدًا؛ لأن التسليمَ عنده ليس بشرط؛ لأنه إسقاطٌ لِمْلكِه فيخلص لله تعالىٰ كالإعتاق، ولهما أنه إزالة ملك لا إلىٰ مالك[٧] من غير إتلاف فلا يصحُّ بمجرد القول كقوله: وهبتُ لواحدٍ من الناس، وأما (الإفرازُ)[٨] فلأنه لا يخلصُ لله (تعالىٰ إلَّا به وأما الصلاة فلأن)[٧] التسليم شرط في المسجد عندهما[٩]؛ لأن المسجدَ يُبنىٰ لحق الله تعالىٰ ولمَّا تعذَّر القبضُ أقيم تحقُّقَ المقصودُ منه مقام حقيقته وهو الصلاة وصار كالصدقة المقبوضة، وإنما قال: أو جماعة ليدلَّ به علىٰ أنَّ صلاةَ الجماعة روايةٌ وهي من الزوائد.

---

(١) في (ج): (ويزول).

(٢) في (أ)، (ب): (إقراره) بدل (إفرازه).

(٣) في (ج): (أو صلاة).

(٤) في (أ)، (ب): (يفرده). (٥) غير موجودة في (أ)، (ب).

(٦) «المبسوط» ١٢/ ٣٤، و«الهداية» ٣/ ٢١، و«الاختيار» ٣/ ٥٤-٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩-٣٣٠.

(٧) طمس بالأصل.

(٨) في (أ)، (ب): (الإقرار) بدل (الإفراز).

(٩) «المبسوط» ١٢/ ٣٤، و«الهداية» ٣/ ٢١، و«الاختيار» ٣/ ٥٤-٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٩-٣٣٠.

قال: (وإفرازُ الطريق / ١٢أ/ شرطٌ).

إذا جعل وسطَ داره مسجدًا وأَذَّنَ بالصلاة فيه فإنه لا يصير مسجدًا عند أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ اللَّهُ، وقال أبو يوسفَ[١] ومحمدٌ[١]: يصير مسجدًا؛ لأنه لما رضي بكونه مسجدًا دخل الطريقُ من طريق الحكم كمن ٱستأجر بيتًا ولم يذكر الطريقَ فإنه يدخل لامتناع الأنتفاع بالمستأجر إلَّا به، كذلك هٰذا، ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ المسجدَ[١] يجبُ أَنْ يكونَ محررًا عن حقوق العباد ليخلص لله تعالىٰ وإذا لم يعيِّنْ للمسجد المتخذ في داره طريقًا لكان له حقُّ المنع؛ لإحاطة ملكه بجوانبه وإبقاء الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالىٰ فلا يكون مسجدًا.

قال: (ولو خرَّبَ ما حوله واستغنىٰ عنه لا يعيده ملكًا، وخالفه).

إذا خرَّبَ ما حول المسجد واستغنىٰ أهلُه عنه.

قال محمدٌ[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: يعود إلىٰ ملك واقفه أو ورثته؛ لأنه عيَّنه لقربة مخصوصةٍ وهي الصلاة فيه وقد ٱنقطعت وصارت كحشيش المسجد وحصيره.

وقال أبو يوسف[٢]: لا يعود إلىٰ ملك أحد؛ لأنه تحرر لله تعالىٰ وسقط ملك مالكه عنه، وإعادة الساقط محال، وأما حصير المسجد وحشيشه فيُنقلُ إلىٰ مسجدٍ آخر عنده.

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٨٧، و«الهداية» ٣/ ٢٢، و«الاختيار» ٣/ ٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٣٠.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٨٧، و«المبسوط» ١٢/ ٤٢، و«الهداية» ٣/ ٢٢، و«الاختيار» ٣/ ٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٣٠-٣٣١.

قال: (واللزومُ في الرباط والخان والسقاية والمقبرة بالحكم ويجعله بالقول لا باستعمالها فيما وُضِعتْ له).

إذا بنىٰ سقايةً للمسلمين أو خانًايسكنه أبناءُ السبيل أو رباطًا[1] أو جعل أرضه مقبرةً لم يزل ملك الواقف عن ذلك حتىٰ يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة[2] رضي الله عنه؛ لأن حق العبد فيه قائم لجواز ٱنتفاعه بكل منها لما عينت له فيشترط الحكم للزومه أو التعليق بالموت كما مر وهٰذا بخلاف المسجد؛ لأنَّه لم يبق له ٱنتفاع به فخلص لله تعالىٰ بدون الحكم.

وقال أبو يوسفَ: يزول ملكه ويلزم الوقف بالقول؛ لأنَّ التسليمَ عنده ليس بشرط وقد مرّ تعليلُه.

وقال محمدٌ[2]: إذا ٱستقى الناسُ من السقايةِ ودفنوا في المقبرةِ وسكنوا الخان والرباط زال الملك؛ لأن التسليم عنده شرط، وهو بتسليم نوعه فيما وضع له ويكتفي فيه بالواحد لتعذر كلِّ الجنس، ولو سُلِّمَ إلى المتولي جاز؛ لأنَّ فعله ينوبُ مناب الموقوف عليه.

وأما في المسجد فقيل: لا يكون تسلميًا؛ لأنه لا (يدّ)[3] للمتولي فيه، وقيل: يكون تسليمًا؛ لأنه يحتاج إلىٰ من يكنسه ويغلق بابه، وقيل في المقبرة: إنها كالمسجد؛ لأنه لا متولي لها عرفًا، وقيل: هي كالسقاية والخان؛ لأنه لو نصب لها متولٍ يصح وإن كان خلاف العادة[4].

---

(١) رباطًا: الذي يبنىٰ للفقراء.
«مختار الصحاح» ص١٨٣، و«المصباح المنير» ص١٣٢. مادة (رباط).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٨٧، و«الهداية» ٣/ ٢٢-٢٣، و«الاختيار» ٣/ ٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٣١.

(٣) في (ب): (تدبير).

(٤) «الهداية» ٣/ ٢٢-٢٣، و«الاختيار» ٣/ ٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٣١.

قال: (ولا نجيز وقف كلِّ عينٍ معينةٍ مملوكةٍ قابلةٍ للنقل مفيدةٍ باقيةٍ فيجوز وقفُ العقار، ووقف المنقول باطلٌ[(١)] وقال: يجوز ما كان تبعًا كآلات الحرث والبقر عبيد الأَكَرَة[(٢)] مع الضَّيْعة[(٣)] وأجاز ما يتعارف وقفه كالمصاحف والكتب والفأْس[(٤)] والقدوم[(٥)] والقدور والجنازة[(٦)] والكُراع[(٧)] والسلاح ويفتي به).

هٰذِه القيود المذكورة في المسألة الأولىٰ زوائد (ليعرف)[(٨)] مذهب

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٣٧، و«الكتاب» ٢/ ١٨٢-١٨٣، و«الهداية» ٣/ ٢٢-٢٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣١١-٣١٢.

(٢) الأَكَرَة: جمع أَكّار، وهو الحرّاث يحرث الأرض.
«لسان العرب» ٤/ ٢٦، و«المصباح المنير» ص١٦. مادة (أكر).

(٣) الضَّيْعة: العقار والنخل والكرم والأرض والحرفة والتجارة.
«لسان العرب» ٨/ ٢٢٨، و«المصباح المنير» ص٢١٨. مادة (ضَيَع).

(٤) الفأْس: آلة من الحديد يحفر بها، وفأس اللحام الحديدة القائمة في الحنك.
«لسان العرب» ٦/ ١٥٨، و«مختار الصحاح» ص٤٣٨. مادة (فأْس).

(٥) القدوم: هي آلة للنجر والنحت مخففة.
«لسان العرب» ١٢/ ٤٦٥، و«المصباح المنير» ص٢٩٤، و«مختار الصحاح» ص٤٦٩. مادة (قدم).

(٦) الجنازة: جنزت الشيء سترته ومنه ٱشتقاق الجنازة، وقيل بالكسر، الميت نفسه وبالفتح السرير المراد به السرير الذي يحمل به الميت.
«المصباح المنير» ص٧١، و«الكليات» ص٣٥٦. مادة (قدم).

(٧) الكُراع: ٱسم يجمع الخيل.
«لسان العرب» ٨/ ٣٠٦، و«المصباح المنير» ص٣١٦، و«الكليات» ص٣٥٦. مادة ( ).

(٨) في (أ)، (ب) (لتعريف) بدل (ليعرف).

الشافعيِّ فعنده أنَّ الوقفَ يصحُّ في كلِّ عينٍ[(١)] ٱحتراز عن المنافع فإنه لا يصح وقفها، وعن الوقف الملتزم في الذمة، والقيد الثاني ٱحتراز عن وقف أحد عبديه، والثالث ٱحتراز عما لا يملك، والرابع وهو قبول الملك للنقل ٱحتراز عن أم الولد والملاهي، والخامس وهو أن يحصل منها فائدة كالثمرة واللبن والسكنىٰ واللبس، ونحو ذلك، والسادس وهو بقاء العين (الموقوفة)[(٢)] ٱحتراز عن الطعام ونحوه، والأصل في ذلك جواز الوقف لحصول الٱنتفاع به، وكلُّ ما كان بهٰذِه الشروط كان قابلًا للانتفاع به مع بقاء عينه فجاز وقفه كالعقار، وأما العقار فلأن جمعًا من الصحابة أوقفوه[(٣)]، وأما المنقول فمذهب أبي حنيفةَ[(٤)] ﵁ أنه (لا يجوزُ)[(٥)] وقفُه.

وقال أبو يوسفَ[(٦)]: يجوز وقفُ ما كان منه تبعًا للعقار كما إذا وقف ضيعةً ببقرتها وأكرتها وهم عبيده فقد يثبت للتبع حالة التبعية من الحكم ما لم يثبت له بطريق الأصالة كالشرب فيصحُّ بيعُه تبعًا لا أصلًا وكالبناء يصحُّ وقفُه مع الأرض لا وحده وهٰذِه تابعةٌ للأرض في تحصيل ما هو المقصود منها فجاز وقفُها.

---

(١) «الوجيز» ١/ ٢٤٤، و«حلية العلماء» ٦/ ١٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٧٨، و«غاية البيان» ص٢٣٠.

(٢) في الأصل (الموقوف)، وفي (ج) (الموقوف عليها) والمثبت من (ب).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٨٢، و«الهداية» ٣/ ١٧، و«فتح القدير» ٦/ ٢١٥.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٨٢، و«الهداية» ٣/ ١٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٧.

(٥) في (ج) يجوز.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

ومذهب محمد[١] رحمه الله في ذلك كمذهب أبي يوسف[٢]؛ لأن محمدًا يرىٰ جواز وقف المنقول المتعارف وقفه بطريق الأصالة فلأن يرىٰ جوازه تبعًا أولىٰ.

وقال محمدٌ: يجوز حبسُ ما يتعارفُ وقفه، وقيل: (أبو يوسفَ)[٣] معه في وقفِ الكراع والسلاح في سبيل الله وهٰذا ٱستحسان[٤]، ووجهُه ما ورد من الآثار المشهورة في جوازه منها قوله ﷺ: «**وأما خالدٌ فقد حَبَسَ**[٥] **أدرعًا**[٦] **وأفراسًا في سبيل الله، وطلحةُ حبس دروعَه في سبيل الله**»[٧] ويُروىٰ «كراعه» والكراعُ: الخيلُ، ويدخل في حكمه الإبلُ؛ لأنهم كانوا مجاهدين عليها ويحمل عليها السلاحُ.

ومحمدٌ[٨] ترك القياس بالتعامل والعرف كما في الٱستصناع، وقد وجد التعامل في وقف هٰذِه الأشياء التي مثل بها /٢ب/ وزادها في المتن، وأكثر

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٨٢-١٨٣، و«الهداية» ٣/ ١٧-١٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢-٥٣.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) في (ج): (أبو ثور).

(٤) في الأصل ٱستحباب والمثبت من (ب) و(ج).

(٥) حبس: أي وقف على المجاهدين وغيرهم. يقال حبست أحبس حبسًا أي وقفت، ووقفه صاحبه وقفًا مؤبدًا.
«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ١٨٧، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ٣٢٨.

(٦) أدرعًا: جمع درع وهي الزَّروية.
«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ١١٤.

(٧) رواه البخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣) من حديث أبي هريرة، بذكر خالد فقط.

(٨) «الكتاب» ٢/ ١٨٣، و«الهداية» ٣/ ١٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢-٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٧.

فقهاء الأمصار علىٰ قول محمد[١] والفتوىٰ عليه، وأما ما لا تعامل فيه فلا يجوزُ وقفُه عندنا[٢].

وقال الشافعيُّ[٣]: كل ما ينتفعُ به مع بقاءِ عينِهِ ويجوز بيعهِ يجوزُ وقفُه؛ لأنه يمكنُ الآنتفاعُ به فأشبه العقارَ والكراعَ والسلاحَ.

ولنا[٤]: أنَّ الوقف فيه لا يتأبد ولابد من التأبيد علىٰ ما مرّ فصار كوقف (الدرهم والدينار)[٥] بخلاف العقار فإنه متأبد وبخلاف الكراع والسلاح؛ لورود الأثر فيه وبخلاف ما عددناه للتعامل، فبقي ما وراء ذلك علىٰ أصل القياس؛ لأنَّ العقارَ يتأبَّدُ والجهادُ سنامُ الدينِ فلم يكن غيرهُما في معناهما.

قال: (ولا يجوز تمليكُه ويجيز القسمةَ في المشاع).

أما آمتناعُ التمليك فلأنه إذا صحَّ الوقفُ ولزم كان إزالةَ مِلْكٍ لا إلىٰ مالك فلم يصح تمليكهُ كالعتق، وأما جواز القسمة عند أبي يوسف[٦] فلأنها تمييز وإفرازٌ يطرأ للوقف وإن كانت حقيقته مبادلة أحد النصيبين

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٨٢، و«الهداية» ٣/ ١٧، و«الاختيار» ٣/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٦-٣٢٧.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «الوجيز» ١/ ٢٤٤، و«حلية العلماء» ٦/ ١٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٣٧٨، و«غاية البيان» ص٢٣٠، و«المجموع» ١٦/ ٢٢٩.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٨٢، و«الهداية» ٣/ ١٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٦-٣٢٧.

(٥) في (ج) الدراهم والدنانير بدل (الدرهم والدينار).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٨٤، و«الهداية» ٣/ ١٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢-٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٦، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٥٦-٣٥٧.

بالآخر إلَّا أنَّ الغالب معنىٰ (الإفراد)[١] لوقوع الإخبار في القسمة، ولو غلب معنى المبادلة لما صحَّ إلَّا بالتراضي؛ لأنَّ التراضيَ شرط المبادلة فلم يكن في معنى البيع والتمليك فيصحُّ[٢].

قال: (ويبدأُ بعمارته مطلقًا).

معنى الإطلاق أنه يجب الأبتداء بعمارة رقبة الوقف سواء شرط ذلك الواقف أو لم (يشرطه)[٣]؛ وذلك لأن المقصود من الوقف هو التصدق بالغلة باقيًا علىٰ وجه التأبيد ولن يبقىٰ كذلك إلَّا وأن تكون العمارة مستثناة كآلة الوقف.

قال: (فإن وقف دارًا علىٰ سكنىٰ ولده عمرها).

لأن المنفعة وهي السكنىٰ لا تحصل إلَّا بالعمارة فكانت على الساكن كنفقة العبد الموصىٰ بخدمته[٤].

قال: (فإن ٱمتنعَ أو ٱفتقرَ أجَّرها الحاكمُ وعمرها ثم ردَّها إليه).

في التقييد بالحكم[٥] فائدةٌ: وهي أنَّ من له السكنىٰ لا يؤجِّرها؛ لأنه غير مالك لذلك وإنما له السكنىٰ وإنما لا يجبر على العمارة؛ لأن في ذلك

---

(١) في (ج): (الإفراز).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٨٤، و«الهداية» ٣/ ١٨، و«الاختيار» ٣/ ٥٢-٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٧، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٥٦-٣٥٧.

(٣) في (ب): (يشترط).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٨٤، و«الهداية» ٣/ ١٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٦٨.

(٥) في (ج) بالحكم بدل (بالحاكم).

إتلاف ماله فصار كما إذا ٱمتنع صاحب البذر في المزارعة ولا يلزمُ أنْ يبطلَ من السكنىٰ بامتناعه من العمارة؛ لأن الأمتناع يجوز أن يكون لرضاه ببطلان حقه، ويجوزُ أنْ يكون لعلمه بأنَّ على الحاكم أن يؤجِّرها فيعمرها بأجرتها ثم يردَّها إليه، فكان في حيز التردد، فلم يسقط حقه وإنما كان على الحاكم فعل ذلك؛ لأن فيه جمعًا بين حقِّ الواقف وحقِّ من له السكنىٰ، فإنه إذا لم يعمرها الحاكم ولا الساكن يفوت السكنىٰ مطلقًا، فالعمارة مع تحصيل السكنىٰ أولىٰ من التعطيل، وللقاضي الولاية في ذلك كما لو ٱمتنع من الإنفاق علىٰ عبده أو بهيمته[1].

قال: (ويصرفُ ما ٱنهدمَ من الوقفِ في عمارتِهِ، فإنْ ٱستغنىٰ حُبسَ للحاجة، فإنْ تعذَّرَ إعادةُ العين بِيْعَ في العمارة ولا يُقسَّمُ بين مستحقيه).

أما أن الحاكم يصرف ما ٱنهدم من الوقف وآلته في عمارته فلما مرّ من أن عمارة رقبة الوقف واجبة؛ ليبقىٰ علىٰ وجه التأبيد، فإن لم يكن للوقف حاجة إليه في الحال ٱحتاط في حفظها لوقت الحاجة إليها فيصرفه في عمارتها؛ لئلا يتعذر حصولها وقت الضرورة فيبطل المقصود من الوقف، فإن ٱمتنع صرف (عينها)[2] في موضعها فإن الحاكم يبيعها ويصرف الثمن في المرمة[3] صرفًا للبدل مقام المبدل عند تعذُّرِ ٱستعماله، ولا يجوزُ

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٨٥، و«الهداية» ٣/ ١٩، و«الاختيار» ٣/ ٥٣-٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٧-٣٢٨، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٣٦٨.

(٢) في (ب) و(ج): (عنها).

(٣) المرمة: رمّ الشيء يرمه بضم الراء وكسرها رمًّا ومرمة أصلحه. «لسان العرب» ١٢/ ٢٥١، و«المصباح المنير» ص١٤٦، و«مختار الصحاح» ص٢٣٩. مادة (رمم).

قسمة البعض بين مستحقي الوقف لأنَّ حقَّهم في المنفعة دون العينِ فإن العين حقُ الله تعالىٰ فلاً يصرفُ إليهم إلَّا ما هو حقُّهم[١].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٨٥، و«المبسوط» ١٢/ ٤٢-٤٣، و«الهداية» ٣/ ١٩، و«الاختيار» ٣/ ٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨.

فصلٌ في إجارةِ الوقفِ (وإثباتِه)[١]

قال: (يتبعُ شرط الواقف في إجارته، فإنْ أهمَله قيل: يُطلقُ، وقيل: يُقَّيدُ بسنةٍ، ويختارُ للفتوىٰ أنْ يؤجر الضياعَ ثلاثَ سنين وغيرَها سنةً).

هٰذا الفصلُ جميعُه من الزوائد: أما وجوب اتباع شرط الواقف فلأنه لم يخرج (عن)[٢] ملك نفسه إلَّا بشرط معلوم فيتقيد بما قيده به من الشرط، فإن أهمل ذلك ولم يقيد الإجارة بمدة، قال المتقدمون من أصحابنا[٣]: يجوز إجارته أي مدة كانت. وقال المتأخرون[٤]: لا يجوز إجارته أكثر من سنة واحدة؛ لأنه إذا طالت مدة الإجارة أدىٰ ذلك إلىٰ تهلك الوقف (واندراسه)[٥][٦]، وإنما قالوا ذلك لغلبة أهل الظلم والفسق، وقيل[٧]: يجوز في الضياع ثلاث سنين ولا يؤجر غيرهما إلَّا سنة واحدة. وهٰذا

(١) في (ج): (استغلاله).

(٢) من (ب).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٨٥، و«الهداية» ٣/ ١٩، و«الاختيار» ٣/ ٥٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٤١٨-٤١٩.

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣١١-٣١٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤٠٠-٤٠١.

(٥) غير واضحة بالأصل.

(٦) أندراسه: أندرس البرسيم عفا، ودرس المنزل دروسًا من باب قعد وعفا وخضبت آثاره وتقادم عهده.
«المصباح المنير» ص١١٧، و«مختار الصحاح» ص١٩١، و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٧٩. مادة (درس).

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٨٥، و«الهداية» ٣/ ١٩، و«الاختيار» ٣/ ٥٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٢٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣١١-٣١٢.

هو المختار للفتوىٰ؛ لأن الرغبات في الضياع لا يتوفر إذا ٱنقضت المدة عن ذلك (وفي غيرها لا ضرورة)[1] إلى الزيادة على السنة فيتقيد بها.

قال: (ولا يؤجر إلَّا بالمثل).

لأن إجارة الوقف بدون أجرة المثل لا يصح لاشتماله على الإضرار بالموقوف عليهم ودفع الضرر عن الفقراء واجب[2].

قال: (ولا (تنقض)[3] إن زادت الأجرة لكثرة الرغبة).

إذا أجر الوقف بأجرة المثل ثم كثرت الرغبات فزادت أجرته لا تنتقض الإجارة؛ لأن المعتبر هو أجر المثل يوم العقد.

وفي قوله: (لكثرةِ /٣ب/ الرغبة) فائدة وهي أن الأجرة إذا زادت في نفسها لا لرغبة راغب ولا زيادة من قبل متعنت بل لعلو سعرها عند الكل، فإن الإجارة تنقض ويعقد عقدًا بائنًا، ويجب المسمىٰ بالإجارة الأولىٰ إلىٰ حين الزيادة، ويجب أجر المثل من بعد بالإجارة الثانية، فإن كان في الأرض زرع لم يستحصد لم تنقض الإجارة بل يجب أجر المثل من حين الزيادة إلى ٱنتهاء المدة[4].

قال: (وليس للموقوف عليه أن يؤجر إلَّا بإنابة أو ولاية فإن مات وقد عقد لم ينفسخ).

---

(١) كلمة غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «الاختيار» ٣/ ٥٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣١١-٣١٢، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٤١٨-٤١٩، و«رد المحتار» ٤/ ٤٠٢.

(٣) في (ج): (تنتقض).

(٤) «الاختيار» ٣/ ٥٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣١١-٣١٢، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٤٠٩، و«رد المحتار» ٤/ ٤٠٢.

ليس للموقوف عليه إذا لم يكن متوليًا على الوقف أو نائبًا من جهة الحاكم أن يؤجر؛ لأنه لا يملك إلَّا الغلة دون العين والتصرف بالإجارة إلىٰ من له الولاية في ذلك، فإن كان نائبًا أو وليًّا فآجر ثم مات لم تنفسخ الإجارة بموته؛ لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم، وموت الوكيل لا يوجب فسخ عقوده[1].

قال: (ولا يعار ولا يرهن وإن أتلفت منافعه أو غصب عقاره يختار وجوب الضمان).

أما الإعارة والإرهان فلا يجوز؛ لتضمنه إبطال حق الموقوف عليهم، فلو سكنه المرتهن وجب عليه أجر المثل وكذلك لو باع المتولي منزلًا موقوفًا فسكنه المشتري ثم نقض البيع وجب على المشتري أجر المثل عن سكناه، ومنافع الوقف مضمونة في المختار للفتوىٰ، وكذلك غصب عقاره نظرًا للوقف[2].

قال: (وتجوز الشهادة بالشهرة لإثباته).

وهٰذا المذكور قول محمد[3]، وهو المختار وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ لأنه لو لم يجز ذلك أدىٰ إلى ٱستهلاك الأوقاف القديمة، والصحيح أنه يقبل بالتسامع في أصل الوقف دون شرطه؛ لأن أصله هو الذي يشتهر دون

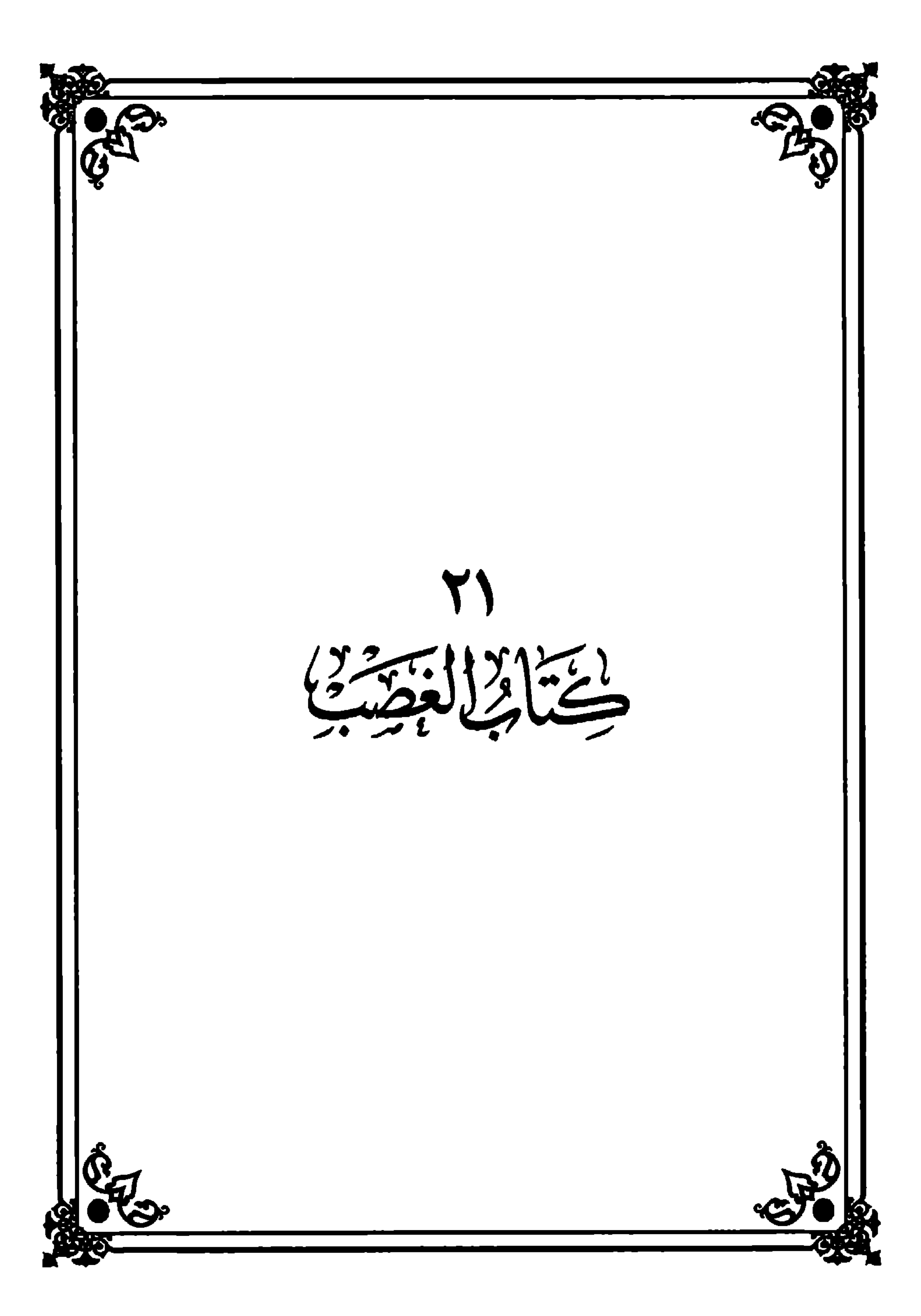
(١) «الاختيار» ٣/ ٥٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣١٧، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٤١٩، و«رد المحتار» ٤/ ٤٠٢.

(٢) «الاختيار» ٣/ ٥٧، و«درر الحكام» ٢/ ١٣٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٢٢١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٥٢، و«الفتاوى الهندية» ٢/ ٤٢٠، و«رد المحتار» ٤/ ٣٥٢.

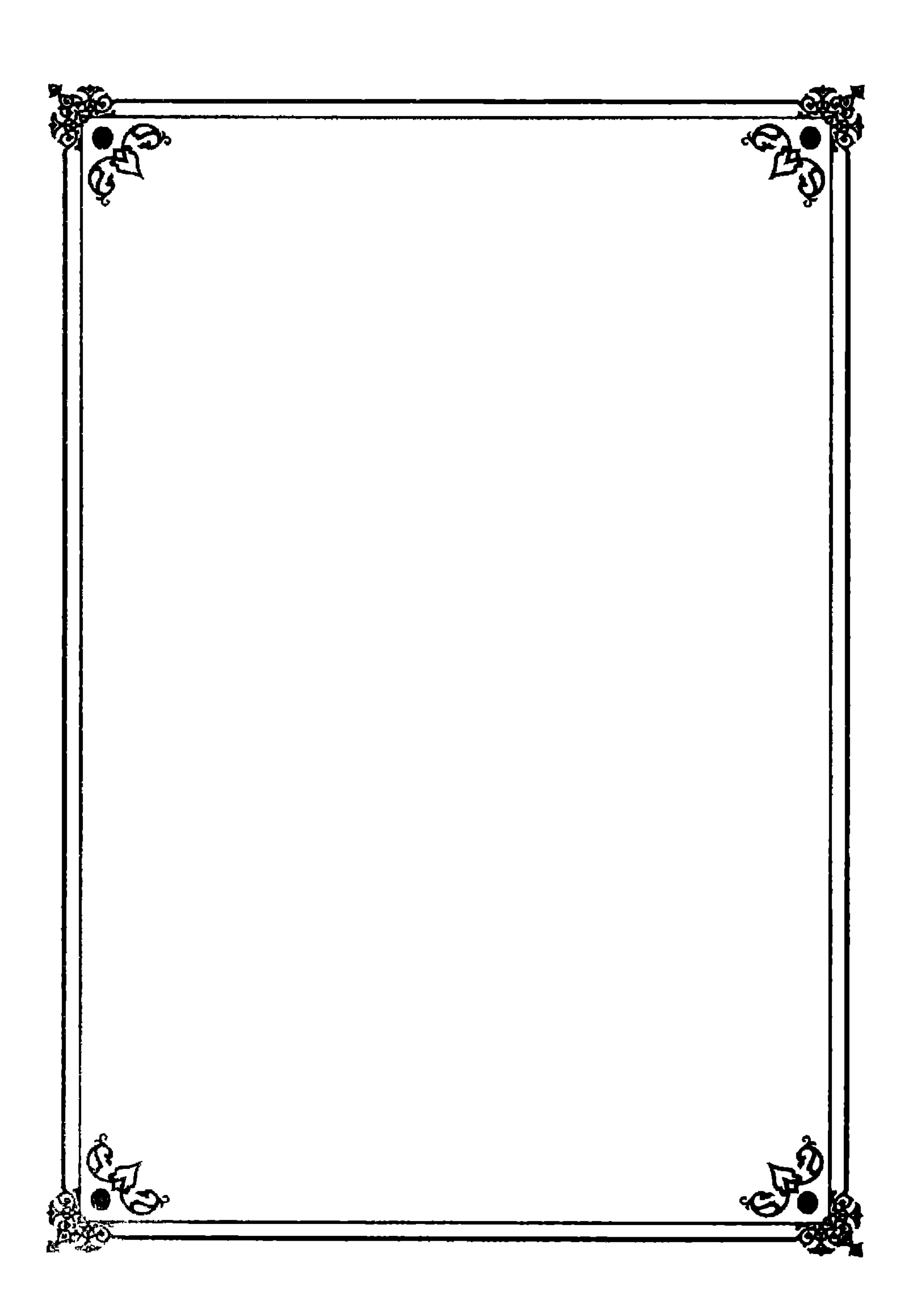
(٣) «الهداية» ٣/ ١٣٤، و«درر الحكام» ٢/ ١٣٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٥٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤١١.

شرطه، وينبغي للشاهد بالتسامع أن يطلق أداء الشهادة، فإذا فسر للقاضي أن شهادته مبنية على التسامع لم يقبل، كما أن معاينة اليد في الملك مطلق لأداء الشهادة، ثم إذا فسَّرَ لا يسمع، كذا هٰذا[١].

(١) ينظر المراجع السابقة.



٢١
كِتَابُ الغَصْبِ



كتاب الغصب[١]

الغصبُ[٢]: تصرفٌ منهيٌ عنه حرامٌ لكونه تصرفًا في مال الغير بغير رضاه، وقد قال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وقال ﷺ: «**المسلمُ على المسلمِ حرامٌ كلُّه مالُه ودمُه وعرضُه**»[٣] وعلىٰ حرمته ٱنعقد الإجماع.

والغصبُ علىٰ ضربين: ضربُ لا يتعلقُ به المأثم وهو ما وقع عن جهل، كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه (يملكه أو تملكه)[٤] ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغيره لقوله ﷺ: «**رُفِعَ عن أمتي الخطأُ والنسيانُ**»[٥] والمرادُ: الإثم.

وضربٌ يتعلَّقُ به الإثمُ وهو المأخوذ علىٰ وجه التعدي، فإنه يأثم بأخذه وبإمساكه.

والغصب في اللغة: أخذ الشيء ظلمًا، وفي الشرع يختلف تفسيره باختلاف المذاهب.

---

(١) وجه المناسبه بين الكتابين من حيث التضاد، لأن الوقف سبب لحصول الملكأىٰ ملك الغلة والمنفعة والغصب سبب لزواله، المستجمع شرح المجمع.

(٢) الغصب لغة: أخذه قهرًا وظلمًا فهو غاصب والجمع غُصّاب من كافر وكُفّار.
«المصباح المنير» ص٢٦٦، و«مختار الصحاح» ص٤٢٦، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٦٥٣ مادة (غصب).

(٣) رواه مسلم (٢٥٦٤) من حديث أبي هريرة.

(٤) في (ج): (ملكه أو ملكه).

(٥) رواه ابن ماجه (٢٠٤٥)، والدارقطني ٤/ ١٧٠، وابن حبان ١٦/ ٢٠٢ من حديث ابن عباس بلفظ تجاوز، وصححه الألباني في «الإرواء» (٨٢)، وفي صحيح ابن ماجه (١٦٦٢).

فعند الشافعيِّ[١]: إثبات اليد علىٰ مال الغير بدون إذن مالكه.

وعندنا[٢]: أخذُ مالٍ متقوم محترمٍ مملوكٍ للغيرِ قابلٌ للنقل علىٰ وجه يتضمن تفويت يد المالك تعديًا.

فالشافعيُّ يقول[٣]: الشرعُ لم يطلق له إثبات يده علىٰ مالِ الغير إلَّا بإذنٍ منه، وإذا لم يوجد منه الإذن عدم المطلق الشرعي فكان الفعلُ منه تعديًّا موجبًا للضمان.

ونحن نقولُ[٤] إن الضمان شرع جبرًا والجبرُ يعتمد الفواتَ وبالفوات يتحقَّقُ معنى التعدي، فإنَّ الأموال مخلوقةٌ للاستيلاء عليها والمنعُ على الأستيلاء إنما يكونُ بعارضٍ وهو تعلُّقُ حقِّ الغير بها، وكلُّ تصرف يضمنُ تفويتَ الحقِّ على المالكِ كان تصرفًا ممنوعًا عنه في الشرع، فكان الركن في صفة التعدي وإيجاب الضمان التفويت على المالك فلو آستخدم مملوك غيره بغيرِ (إذنه)[٥]، أو رَكَبَ دابته أو حمل عليها أو ساقها فهلكتْ كان غاصبًا؛ لأنه أثبتَ اليدَ المفوتة، ولو جلس علىٰ بساطِ غيره أو هبتْ الريحُ بثوب إنسانٍ فألقته في حجره لا يكون غاصبًا حتىٰ ينقله أو (يمسكه)[٦]، وقبولُ النقل والتحويل في المغصوب مذهبُ

---

(١) «الوجيز» ١/ ٢٠٥، و«روضة الطالبين» ٤/ ٩٢-٩٣، و«الغاية القصوىٰ» ١/ ٥٧١.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٨٨، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣١، و«الهداية» ٤/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٧٣.

(٣) «الوجيز» ١/ ٢٠٦، و«حلية العلماء» ٥/ ٢١٠-٢١١، و«روضة الطالبين» ٤/ ٩٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٧، و«الكتاب» ٢/ ١٨٨، و«الهداية» ٤/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٧٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٢.

(٥) في (ب): (أمره).

(٦) في (ب): (يملكه).

أبي حنيفة[١] وأبي يوسفَ[١] الآخر خلافًا للشافعيِّ[٢] ومحمدٍ[٣] رحمهم الله علىٰ ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ويجبُ على الغاصبِ ردُّ عين المغصوب فىٰ مكان غصبه، فإنْ هلك ضمن مثلَه إنْ كان مثليًّا وإلا فقيمتُه، فإن نقص ضمن النقصانَ).

أما وجوبُ ردِّ العين المغصوبةِ فمعناه ما دامتْ العينُ (قائمةً)[٤]، ويُفْهمُ ذلك من قوله بعده: « **فإنْ هلكَ** » فتعليقُ الضمان (بالهلاكِ)[٥] دليلٌ علىٰ أنَّ الردَّ مشروطٌ بقيام العين وهذا (لقوله)[٦] ﷺ: « **على اليدِ ما أخذْت حتىٰ تردَّ** »[٧] (وقوله)[٨] ﷺ: « **لا يحلُّ لأحدٍ أنْ يأخذَ مالَ أخيه لاعِبًا ولا جادًّا، فإن أخذَه فليردَّه** »[٩] ولأنه لما فوَّتَ يدَ المالك

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٨٩، و«المبسوط» ١١/ ٥٠، و«الهداية» ٤/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٧٤-٧٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٢.

(٢) «الوجيز» ١/ ٢٠٦، و«حلية العلماء» ٥/ ٢١٠-٢١١، و«روضة الطالبين» ٤/ ٩٤.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٨٩، و«المبسوط» ١١/ ٥٠، و«الهداية» ٤/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٧٤-٧٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٢.

(٤) في (ب): (باقية).

(٥) في (ج): (بالهالك).

(٦) في (ب): (كقوله).

(٧) رواه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠) من حديث سمرة بلفظ « حتىٰ تؤدي »؟ وقال الترمذي: حديث حسن، وضعفه الألباني في «الإرواء» (١٥١٦).

(٨) في (ب): (وكقوله).

(٩) رواه أبو داود (٥٠٠٣)، والترمذي (٢١٦٠) بلفظ [عصا] بدلًا من [مال] وكلاهما من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده؛ وقال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه إلَّا من حديث ابن أبي ذئب.

عن العين المغصوبة تعديًا (وهي)[١] حقه وجب /٣ب/ عليه إعادةُ حقِّه بردِّ يدِهِ، وإنما شرط مكانَ الغصبِ و(هو)[٢] من الزوائد لاختلاف القيمةِ باختلافِ الأماكنِ، والموجب الأصليُّ هو ردُّ العين وإنما جُعِلَ ردُّ القيمة خلفًا عنها؛ لأن القيمةَ مثلٌ معنويٌّ نظرًا إلى المالية فكان قاصرًا. وقيل: بل هو على العكس من ذلك، وإذا هلك المغصوبُ وكان مما له مثلٌ كالمكيل والموزون وجب عليه مثلُه، وأطلق في المتن الهلاك ليشمل ما إذا هلك بفعله أو هلك بفعل غيره فإنه سواءٌ في وجوب الضمان؛ لأن السببَ هو الغصبُ في وجوب الضمان، فإذا عجز عن ردِّ العين وجب البدلُ مستندًا إلىٰ زمان وجود السبب؛ لأن ذلك هو الأعدلُ (و)[٣] لاشتماله علىٰ رعاية الجنس والمالية فكان أدفعَ للضرر، وإن لم يكن مما له مثل كالعدديات المتفاوتة فعليه قيمتُه يوم غصبه؛ لأنه لما تعذَّرَ رعايةُ الحق في الجنس وجب مراعاتُه في المالية دفعًا للضرر بالقدر الممكن، وأما العددياتُ المتقاربةُ كالبيض والجوز فهي كالمكيل يجب مثلُها؛ لقلة التفاوت، وإنما قيده بيوم الغصب؛ لأنه هو السببُ وبه دخل في ضمانه، وأما ضمان النقصان فهو اعتبارُ البعض بالكلِّ[٤].

قال: (وإنْ انقطع المثليُّ فوجوبُها يوم القضاء ويعتبرُ يوم الغصب لا الانقطاع).

إذا انقطع جنسُ المغصوب فوجبت عليه القيمةُ.

---

(١) في (ب): (وهو).

(٢) في (ب): (وهي).

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٧، و«الكتاب» ٢/ ١٨٨، و«المبسوط» ١١/ ٥٠-٥١، و«الهداية» ٤/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٧٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٢-٢٦٣.

قال أبو حنيفةَ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ: يجب يومَ الخصومة والقضاءِ.

وقال أبو يوسف[1]: يجبُ يومَ الغصبِ.

وقال محمدٌ[1]: يجب يومَ ٱنقطاع الجنسِ؛ لأن الواجب (إنما)[2] هو المثلُ، وإنما ينتقلُ إلى القيمةِ عند ٱنقطاعِه فيجبُ حينئذٍ.

ولأبي يوسف[1] أنه لما ٱنقطع المثلُ التحق بما لا مثلَ له، والحكمُ فيه أنْ تجبَ القيمةُ يوم الغصب؛ لأنه يومُ ٱنعقاد سببِ الضمان.

ولأبي حنيفةَ[1] أنَّ نفسَ الٱنقطاع ليس مؤثرًا في وجوب القيمة، ألا ترىٰ أنه لو صبر إلىٰ حين يوجدُ جنسُه فيعطيه كان له ذلك، وإنما الٱنتقالُ إلى القيمة بقضاءِ القاضي فيعتبُر يوم الخصومة والقضاء، بخلاف مالا مثلَ له؛ لأنَّ المطالبةَ في ذلك بالقيمة بأصل الغصب فاعتبر فيه زمانُ ٱنعقاد السبب.

قال: (وإذا ٱدعى الهلاكَ حبسه الحاكمُ حتىٰ يعلمَ أنها لو كانت باقيةً أظهرها ثم قضىٰ عليه[3] بالبدل).

وهٰذا لأن الغاصبَ يدعي خلافَ الظاهرِ، إذ الظاهرُ هو البقاءُ والهلاكُ يعارضُ فلا يقبلُ فيه قوله، ونظيرُه دعوى الإفلاس ممن عليه ثمن متاع فإنه يُحبَسُ إلىٰ أنْ يُعلَمْ صدق دعواه، ومدةُ الحبسِ مذكورةٌ[4] في الحجر فإذا عُلِمَ الهلاكُ سقط ردُّ العين فيلزمُ ردُّ البدلِ فيقضي به[5].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١٧، و«الكتاب» ٢/ ١٨٨، و«المبسوط» ١١/ ٥٠-٥١، و«الهداية» ٤/ ٣٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٧٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٢-٢٦٣.

(٢) من (ب). (٣) في (ب): (عليها). (٤) في (ب): (المذكورة).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٨٨-١٨٩، و«المبسوط» ١١/ ٦٦، و«الهداية» ٤/ ٣٣٦، و«الاختيار» ٣/ ٧٥، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٨، و«درر

قال: (وإذا غيب المغصوبُ فقضىٰ بالقيمة نملكه إياه).

وقال الشافعيُّ(١): لا يملكُ الغاصبُ المغصوبَ إذا قضىٰ عليه بالبدل لأن المْلاكَ نعمة فلا ينالُ بسببِ محظورٍ وهو الغصبُ، وصار كما في غصب المدبر، وتقريره أنه فوت مِلْكَ اليد الثانية في المغصوب للمالك عليه، فقضيةُ ذلك أن يجب المِلْكُ للمغصوب منه في الضمان يدًا لا عينًا، لكنْ إثباتُ ذلك مع رعاية المماثلة غيرُ ممكن؛ لأن يدَ المالك كانت يدًا يتمكن معها من الأنتفاعِ بالعين وهٰذا لا يتصورُ بدون مِلْكِ العينِ فأثبتناه ضرورةً، وما ثبت ضرورة غيرهِ كان عدمًا في حقِّ نفسه، فالمغصوبُ في حقِّ مِلْكِ العينِ علىٰ ما كان كما في المدُبرِ (فإنه يثبتُ للمولىٰ ملك العين في)(٢) الضمان مع أنَّ الغاصبَ لم يفوت عليه إلَّا مِلْكَ اليدِ(٣).

ولنا أنَّ المغصوبَ منه ملك بدل الدين (ولا يمكنُ إيجابُ الضمان، إلَّا)(٤) أن يجعلَ المغصوبَ كالهالك في حقِّ الردِّ؛ لأن المصيرَّ إلى البدل عند العجز عن الأصل ليصير رد العين معنىٰ ثم أنْ يبدَّلَ ممَّا يقبل النقل من مِلْكٍ إلىٰ ملك، فوجب الحكمُ بملكه إياه من حين الغصبِ (دفعًا للضرر عنه، وتحرزًا عن أجتماع البدل والمبدلِ في ملكٍ واحدٍ والمْلكُ ليس ثابتًا بالغصب)(٥) قصدًا لكنه ثابتٌ شرطًا لحكمٍ شرعيٍّ

الحكام» ٢/ ٢٦٢-٢٦٣.

(١) «الوجيز» ١/ ٢٠٨-٢٠٩، و«روضة الطالبين» ٤/ ١١٦.

(٢) طمس بالأصل والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٣-١٩٤، و«المبسوط» ١١/ ٥٢، و«الهداية» ٤/ ٣٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٧٥.

(٤) طمس بالأصل والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) ساقط من (ب).

وهو وجوبُ الضمان؛ لأنه شرع جبرًا ولا جبرَ مع بقاء الأصلِ علىٰ ملكِه إذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الحكم تابعٌ له فيحسن بحسنه وإنْ قبح ولو كان مقصودًا بالغصب، وأمَّا المْدَبَّر فإنه غيرُ قابلٍ للنقل من مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ لحق المدبر فقلنا بخروجه عن ملك المولىٰ؛ لكونه مالًا مملوكًا تحقيقًا للشرط وهو الضمان ولم يدخل في مِلْكِ الغاصب صيانةً لحقه، ولأن ضمانَ المدبر جُعِلَ مقابلًا بالفائت وهو اليد دون الرقبة، وهٰذا الضمانُ جائزٌ - أعني مقابلة المال بما ليس بمالٍ كما في الدية- لكنه لا يُصارُ إليه إلَّا عند العجزِ عن المقابلة بالمال، وقد وجد هاهنا فوجب الضمانُ وإنْ لم يدخل في مِلْكِ الغاصبِ[1].

قال: (ويُقْبلُ قولُه مع يمينه في القيمةِ إلَّا أن يُبرهنَ المالكُ[2] /١٤/ (أنها)[3] أكثر).

لأنَّ البينةَ حُجةٌ ملزمةٌ فيعمل بها فإذا لم يقم المالكُ البينة علىٰ مقدارها وهو مدع للزيادة والغاصبُ منكرٌ لها قبل قوله مع يمينه إذ اليمينُ على المنكر[4].

قال: (فإنْ ظهر وقد ضمنه بنكوله أو بقول المالكِ[5] أو ببينته فلا خيارَ أو بقول الغاصب مع يمينه خيَّرَ المالكَ بين إمضاء الضمانِ أو الأخذِ وردِّ العوض).

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٣-١٩٤، و«الهداية» ٤/ ٣٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٧٥.

(٢) في (ج): (الغاصب).

(٣) من (ب).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٩٣-١٩٤، و«المبسوط» ١١/ ٦٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٣، و«الهداية» ٤/ ٣٤٢.

(٥) في (ب): (الغاصب).

أما عدمُ خيار المالكِ فيما إذا ظهر المغصوبُ مضمونًا بقول المالك أو ببينة أقامها أو نكولِ الغاصب عن اليمين؛ فلأنَّ المِلْكَ ثبت للغاصب بسببٍ ٱتصل به رضا المالكِ حيث ٱدعىٰ ذلك المقدار، وأمَّا ثبوتُ الخيار للمالك فيما إذا ضمن بقول الغاصب مع اليمين؛ (فلأن الرضا لم يتم حيث ٱدعىٰ)[1] أنَّ مقدار الضمان أكثرُ، وأما أخذُ الأقل لعدم الحُجَّةِ علىٰ أخذ الزيادة بناءً علىٰ وجود الرضا.

قال صاحبُ «الهداية»[2]: ولو ظهرت العينُ وقيمتُها مثل ما ضمنه أو دونه وقد ضمن بقوله مع يمينه فالخيارُ ثابتٌ في ظاهر الرواية، وهو الأصحُّ خلافًا لما قاله الكرخيُّ أنه لا خيارَ له؛ لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما ٱدَّعاه، والخيارُ لفوات الرضا.

قال: (ولو برهنَ كلٌّ منهما علىٰ هلاكه عند الآخر يرجَّحُ المالكُ ورُجِّحَ الغاصبُ، وهٰذا ظاهرُ المذهب).

إذا غصب دابةً وادعىٰ أنه ردَّها إلىٰ مالكها وأقام البينةَ أنها نفقت عنده وأقام المالكُ بينةً أنها نفقتْ عند الغاصب.

قال أبو يوسفَ[3]: ترجَّحُ بينةُ المالك؛ لأن (المقصودَ من سماع البينةِ وجوبُ الضمان)[1] وبينةُ المالك مثبتةٌ وبينةُ الغاصبِ دافعةٌ فكانت المثبتةُ أولىٰ.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٩٤، و«المبسوط» ١١/ ٦٦-٦٧، و«الهداية» ٤/ ٣٤٢-٣٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٧٥.

(٣) «المبسوط» ١١/ ٨٠-٨١، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٣-٢٦٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٥٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٣.

وقال محمدٌ[١] وهو ظاهر المذهبِ ذكره في «الجامع»[٢]: والإشارةُ إلىٰ ذلك من الزوائد أنَّ ضمان الغصب ثابتٌ بنفس الغصب، والغصبُ ظاهرٌ فلا حاجةَ إلىٰ إثباته، وإنَّما الغاصبُ يدعي زوال ذلك الضمان والمالكُ ينكره، فكانت بينةُ المالك دافعةً وبينة الغاصب مثبتةً، فكانت هي أولىٰ[٣].

قال: (ويضمنُ ما نقص من العقار بفعله وسكناه).

هٰذا متفق عليه؛ لأن ذلك من باب الإتلاف والعقارُ يُضمنُ بالإتلاف كما إذا نقل ترابه[٤].

قال: (وضمنه بهلاكه).

هٰذِه المسألة مبنيةٌ علىٰ أصل مختلف وهو أن العقارَ هل يردُّ عليه الغصبُ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف[٤] رحمهما الله آخرًا: لا غصب إلَّا في المنقول، والغصبُ لا يرد على العقار فلا يضمن عندهما بالهلاك ولا بالاستحقاق، وعند محمدٍ[٤] وهو قول أبي يوسف[٤] أولًا وقول الشافعي[٥] ﷺ: يَرِد عليه الغصبُ فيضمن بالهلاك، فمن أصل

(١) «المبسوط» ١١/ ٨٠-٨١، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٣-٢٦٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٥٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٣.

(٢) «الجامع الصغير» ٤٦٥/ ٤٦٦.

(٣) «المبسوط» ١١/ ٨٠-٨١، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٣-٢٦٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٥٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٨٩، و«الهداية» ٤/ ٣٣٦-٣٣٧، و«الاختيار» ٣/ ٧٥-٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٣.

(٥) «الوجيز» ١/ ٢٠٦، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٣٨-٢٣٩، و«روضة الطالبين» ٤/ ٩٧-٩٨، و«غاية البيان» ص٢١٦.

الشافعي[١] أن (حد)[٢] الغصب إثباتُ يد التعدي علىٰ مال الغير والعقارُ بتصور إثبات اليد عليه فإنَّ الإثباتَ علىٰ معنى الاْحتواء على الشيء ليس مرادًا، ولكنَّ الإثباتَ بمعنى التصرف والانتفاع بالمحل، وأنه متصورٌ فيه، وإذا ثبت حدُّ الغصب ثبت حكمهُ[١]، ومحمدٌ يعتبر إزالة اليد معنىٰ؛ لأن الإزالة تعتبر من حيث يعتبر الثبوتُ وهٰذا المحلُّ ثابتٌ في اليد اْنتفاعًا وارتفاقًا به وقد زالت ملك اليد المنتفعة بالمحل بثبوت يد الغاصب؛ لأنه لا يتصور اْجتماعُ يدين من جنسٍ واحد في المحلِّ الواحد، ومتى اْنتفت يد المالك بإثبات يده على المحل وجب الضمانُ وصار كالمنقول وجحود الوديعة[٣].

وأبو حنيفة[٤] وأبو يوسف[٤] رحمهما الله يقولان: حدُّ (الغصب)[٥] إثباتُ اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين؛ لأنَّ الضمانَ واجبٌ علىٰ سبيل الجبر وأنه يعتمد التعدي والتفويت وهٰذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلَّا بإخراج المالك عنه وذاك[٦] فعلٌ في المالك لا في العين، فصار كما لو منعه من حفظ ماله حتىٰ هلكَ، بخلاف المنقول؛ لأن النقلَ فعل في العين وهو الغصبُ، وأمَّا مسألةُ جحود

---

(١) «الوجيز» ١/ ٢٠٦، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٣٨-٢٣٩، و«روضة الطالبين» ٤/ ٩٧-٩٨، و«غاية البيان» ص٢١٦.

(٢) في (ب): (هٰذا).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٨٩، و«الهداية» ٤/ ٣٣٦-٣٣٧، و«الاختيار» ٣/ ٧٥-٧٦.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٨٩، و«الهداية» ٤/ ٣٣٦، و«الاختيار» ٣/ ٧٣.

(٥) في (ب): (الغاصب).

(٦) في (ب): (وذلك).

الوديعة (فممنوعةٌ)[١] ولئن سلمت فالضمانُ مبنيٌ علىٰ تركه للحفظ الذي التزمه وبالجحود حصل الترك[٢].

قال: (وإذا تغيرتْ العينُ بفعل الغاصب حتىٰ زال ٱسمهُا وعظم منافعُها نُمِّلكَهُ إياها ولا ينتفعُ بها حتىٰ يؤدي البدل[٣] والقياس الحل (وهو روايةٌ)[٤] كما لو ذبح شاةً فطبخها أو شواها، أو طحن حنطةً[٥] أو زرعها، أو خبز دقيقًا، أو جعل (الصُفر[٦] آنية، والحديد)[٧] سيفًا أو بنىٰ علىٰ ساجةٍ، أو عصر زيتونًا أو عنبًا، أو غزل قطنًا، أو نسج غزلًا).

ذكر أصلًا ثم مثل (بالفروع المثبتة عليه)[٧] وخلافُ الشافعي[٨] رحمه الله في الجميع ومذهبه روايةٌ عن أبي يوسف[٩] رحمه الله إلَّا أنه إذا ٱختار أنْ يأخذَ

(١) من (ب): (فممنوع).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٨٩، و«الهداية» ٤/ ٣٣٦، و«الاختيار» ٣/ ٧٣.

(٣) من (ب): (بدلها). (٤) ساقط من (ب).

(٥) حنطة: البر، وجمعها: حنط.
«المصباح المنير» ص٩٥، و«مختار الصحاح» ص١٥٢.

(٦) الصُفر: بالضم ضرب من النحاس يعمل منه الأواني.
«مختار الصحاح» ص٣٣١، و«معجم لغة الفقهاء» ص٢٤٥ مادة (صفر).

(٧) طمس في الأصل والمثبت من (ب).

(٨) «الوجيز» ١/ ٢١١-٢١٢، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٢٥-٢٢٦، و«روضة الطالبين» ٤/ ١١٨.

(٩) «الكتاب» ٢/ ١٩١، و«الهداية» ٤/ ٣٣٨-٣٣٩، و«الاختيار» ٣/ ٧٧-٧٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٥، و«وسائل الأسلاف» ص٣٧٥.

الدقيقَ لا يضمنه النقصان عنده لأدائه إلى الربا.

وعند الشافعيِّ[(١)] يضمنه النقصان، للشافعي أنَّ الأوصاف تابعةٌ للعين والمِلكُ يبقىٰ ببقاء العين وهي باقيةٌ تتبع المِلْكَ (كما إذا ألقت الريح حنطةً في طاحونة فطحنت، ولا أعتبار بفعل الغاصب لأنه محظورٌ فلا يصلح مبينًا للملك)[(٢)] /٤ب/ وهو نعمةٌ.

ولنا[(١)]: أنه لمَّا أحدث في المغصوب صنعةً متقومة صار حق المالك هالكًا من وجهٍ يدل عليه تبدل الأسم وفوات معظم المقاصد، وحقُّ الغاصب في الصنعة قائمٌ من كل وجه فيترجح على الأصلِ الفائتِ من وجه، والمِلْكُ لا يضاف إلى المحظور وإنما هو يضاف إلىٰ إحداث الصنعة.

قوله: (ولا ينتفع بها حتىٰ يؤدي البدل) هٰذا أستحسانٌ والقياسُ أن يحل له الأنتفاع بها قبل أداء البدل وهو مذهبُ الحسنِ[(٣)] وزفر، ورواه الفقيه أبو الليث عن أبي حنيفة[(٣)] رحمه الله ووجهه أنَّ الحل مضافٌ إلى السبب المطلق للتصرف وهو قائمٌ ولهٰذا لو وهبه أو باعه جاز، ووجه الأستحسان ما روي أنه ﷺ قال في شاةٍ ذُبحتْ وصُليتْ بغير رضا صاحبها: «**أطعموها الأسارىٰ**»[(٤)] فإنه يفيد الأمرَ بالتصدُّقِ وزوالَ

---

(١) «الوجيز» ١/ ٢١١-٢١٢، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٢٥-٢٢٦، و«روضة الطالبين» ٤/ ١١٨.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩١، و«المبسوط» ١١/ ٨٨، و«الهداية» ٤/ ٣٣٩، و«الاختيار» ٣/ ٧٧-٧٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٥.

(٤) رواه أبو داود (٣٣٣٢)، وأحمد في «مسنده» ٥/ ٢٩٣-٢٩٧ من حديث رجل من الأنصار. وقال الزيعلي في «نصب الراية»: (٤/ ١٦٨ هٰذا سند الصحيح إلَّا أن

الملك وحرمةَ الأنتفاع قبل الإرضاء؛ ولأن في إباحة التصرف قبل الإرضاء فتح باب الغصب، فيحرم حسمًا لمادة الفساد، وأما (نفاذُ)[١] البيع والهبة مع الحرمة فلقيام الملكِ كما في (الملك)[٢] الفاسد، ووجهُ الإباحة عند الأداء أنَّ حصولَ المبادلة بينه وبين الغاصب بالتراضي وكذا لو أبرأه لسقوط حقِّه بالإبراء.

ولنا[٣]: وجهٌ آخر في الساجة إذا بنىٰ عليها أن فيما قاله إضرارًا بالغاصب حيث ينقض بناءه من غيرِ خلفٍ، وفيما ذهبنا إليه رعاية الحقين، وضررُ المالك (مندفع)[٤] بإيجاب القيمة وصار كما لو خاطه بخيطٍ مغصوبٍ بطن عبده أو أدخل لوحًا مغصوبًا في سفينة فإنه يجب القيمةُ فيهما إجماعًا[٣] والإشارةُ إلى القياس (و)[٥] الرواية وزرع الحنطة وخبزها والبناء على الساجة وعصرُ الزيتون والعنب والغزلُ والنسجُ من الزوائد[٦].

قال: (ولو غصب تبرًا فصاغه آنيةً أو ضربه دنانيَر فهي للمالك وقالا: ملكها الغاصبُ وعليه المثلُ).

كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له في «الصحيح» وروىٰ له البخاري في «رفع اليدين».

(١) في (ب): (أنه إذ).

(٢) في (ب): (كما في حق المالك).

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٤٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٤١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٥.

(٤) في (ب): (يندفع).

(٥) من (ب).

(٦) «المبسوط» ١١/ ٨٧، و«الهداية» ٤/ ٣٣٨-٣٣٩، و«الاختيار» ٣/ ٧٧، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٣، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٢.

لأنه بإحداث الصنعة المتقومةِ صار حقُّ المالك هالكًا من وجهٍ؛ لأنه كسره وفوت مقاصدَه، وحقهُ في الصنعة قائمٌ من كلِّ وجهٍ فترجح[١]، فإنه صاَر صالحًا لرأسِ المالِ في المضاربةِ والشركةِ والتبُر[٢] لا يصلحُ لذلك، وله أنَّ العينَ قائمةٌ لبقاءِ الأسمِ ومنفعة الثمنيةِ التي هي الأصلُ والوزنُ، ويدل علىٰ قيامِ العينِ جريانُ الربا فيه باعتبارِه، وأمَّا صلاحيتهُ لرأسِ المالِ فهو من أحكامِ الصنعةِ، وأمَّا التقومُ فليس بثابتٍ مطلقًا، ألا ترىٰ أنَّه إذا قوبلُ بجنسهِ سقطَ التقومُ[٣].

قالَ: (ولو ذبحَ شاةَ غيرهِ أو قطعَ عضوًا منها فإن شاءَ المالكُ أخذها وضَمنهُ نُقُصانها أو(سلَّمه[٤] وضمنَه قيمتها).

وهٰذا لأن الذبحَ إتلافٌ من وجهٍ باعتبارِ فواتِ بعض الأغراضِ من الدرِ[٥] والنسلِ[٦] وبقاءِ بعضِ المقاصدِ وهو اللحمُ فصارَ كالخرقِ الفاحشِ في الثوبِ، هٰذا إذا كانت الدابةُ مأكولةَ اللحمِ (وإذا)[٧] لم يكنْ فقطعَ طرفًا منها فللمالكِ أن يَضمنه جميعَ قيمتِها؛ لأنَ ذلكَ أستهلاكٌ من

---

(١) في (ب): (فيترجح).

(٢) التبر: ما كان من الذهب غير مضروب، فإذا ضرب فهو دنانير ولا يقال تبرًا إلَّا للذهب، وبعضهم يقوله للفضة والنحاس والحديد قبل الضرب.
«المصباح المنير» ص٤٨، و«مختار الصحاح» ص٧٦. مادة (تبر).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٠، و«المبسوط» ١١/ ١٠١، و«الهداية» ٤/ ٣٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٧٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٥.

(٤) في (ب): (سلمها).

(٥) الدر: اللبن. «المصباح المنير» ص١١٧، و«مختار الصحاح» ص١٩١. مادة (درر).

(٦) النسل: الولد، والخلق، والذرية. «لسان العرب» ١١/ ٦٦٠، و«مختار الصحاح» ص٥٨٤.

(٧) في (ب): (وأما إذا).

كل وجهٍ بخلافِ قطعِ طرفِ العبدِ حيثُ يأخذُه مع أرشِ القطعِ لبقاءِ الأنتفاعِ بهِ بعد القطعِ[١].

قال: (وإن خرقَ ثوبًا فأبطل عامة منفعتهِ ضَمِنَهُ، وإنْ كانَ يسيرًا ضَمِن نقصانه).

أما الأولُ فلأنه إذا أبطلَ عامةَ منفعتهِ فقد ٱستهلكه معنىً فصارَ كما إذا أحرقهَ، وإذا ضَمِنَ جميعَ قيمتهِ تركَ الثوبَ للغاصبِ تحرزًا عن ٱجتماعِ البدلينِ في ملكٍ واحدٍ، وإن أمسكَ الثوبَ ضَمنه النقصان لبقاءِ العينِ وبعضِ المنافعِ.

وأمَّا (الثاني فلأنه يُفوِّتُ شيئًا من)[٢] المنافعِ بل أحدثَ به عيبًا. واختلفَ في الفاحشِ فقيلَ: هو أنْ يُوجبَ نقصانَ ربع القيمةِ، وقيلَ: ما يُنْتَقصُ به نصفُ القيمةِ، والصحيحُ ما يَفُوتُ به بعضُ المنافعِ، واليسيرُ ما لا يَفوتُ به شيءٌ من المنفعةِ، بل يدخلهُ نقصانُ عيبٍ[٣].

قال: (فإنْ بنَىٰ في أرضٍ أو غرسَ فرغهاَ وسلمهَا، فإنْ نقصت به كان للمالكِ أن يَضْمنَ قيمةَ غرسهِ أو بنائهِ مقلوعًا ويكونُ له).

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٠، و«المبسوط» ١١/ ٨٦، و«الهداية» ٤/ ٣٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٧٨، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٥.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١١٩، و«الكتاب» ٢/ ١٩٠-١٩١، و«المبسوط» ١١/ ٨٦، و«الهداية» ٤/ ٣٤٠-٣٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٨.

الأصلُ فيه قولهُ: ﷺ: «ليس لعرقٍ[1] ظالمٍ حقٌ»[2] قيلَ في معناه: أَنَه إذا غرسَ في مِلكِه فخرجت عروقُ الغرسِ إلىٰ أرضِ جاره أو أغصانُ الشجرةِ فإنه لا يستحقُ الموضعَ الذي تعدت الأغصانُ والعروقُ إليه؛ لأنها ظالمةٌ؛ ولأنها حاصلةٌ في غيرِ موضعهاِ، وقيل: أن يتعدىٰ في إحياءِ المواتِ فيدخلُ في حق الغيرِ ولا يستحق بذلك شيئًا من ملكِ الغيرِ وما نحن فيه غرسٌ في (غيرِ المِلك)[3] فهو أشدُ ظلمًا (لأنه)[4] فَقدَ سببَ الملك إمَّا لأن الغصب لا يُرد على الأرضِ، وإما لأنها لم تصرْ مستهلكةً بذلك فيكون ملكُ المالكِ في الأرضِ قائمًا فيجبُ التفريغُ؛ لأن شغلَ ملك الغيرِ بغيرِ إذنِه غيرُ جائزٍ كما إذا شغل ظرف[5] غيرهِ بطعامهِ، فإنْ نقصت الأرضُ بواسطة التفريغِ فللمالكِ أنْ يضمنَ له قيمةَ ما غرس أو بنىٰ مقلوعًا /١٥أ/ أنْ يستحق القلعَ ويتملكه؛ لأنَّ في ذلك نظرًا للغاصب والمالك وكيفية التقويم أىْ تقوم الأرضُ بدون الشجرِ

---

(١) العرق: هو أن يجئ الرجل إلىٰ أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسًا غصبًا ليستوجب الأرض.
«غريب الحديث» لأبي عبيد الهروي ١/ ٢٩٥، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣/ ٢١٩.

(٢) رواه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨)، والنسائي في «الكبرىٰ» ٣/ ٤٠٥ وقال الترمذي: حديث حسن غريب، والعمل علىٰ هذا الحديث عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، وهو قول أحمد وإسحاق، قالوا له أن يحيي الأرض الموات بغير إذن السلطان، وقال بعضهم: ليس له ذلك. والأول أصح.

(٣) في (ب): (في ملك الغير).

(٤) من (ب).

(٥) ظرف: الظرف الوعاء.
«المصباح المنير» / ٢٢٩ مادة ظرف، و«مختار الصحاح» ٣٦٤ مادة ظرف.

والبناءِ وتقومُ وبها شجرٌ أو بناءٌ ولصاحب الأرض أنْ يأمره بقلعه؛ لأنَّ حقَّه فيه إذ لا قرار لما أحدث في الأرض فيقوم مأمورًا بقلعه ثم يضمن ما بينهما[١].

قال: (ويضمنُ المسلمُ قيمةَ ما أتلف من خمرِ ذميٍّ، والذميُّ مثلها).

إذا أتلف المسلمُ خمرَ الذميِّ أو خنزيرهَ ضمن قيمتَهما وإنْ أتلفه علىٰ مسلمٍ لم يضمنهما، وإنْ أتلف الذميُّ (من)[٢] خمرِ الذميِّ ضمن مثلَها أو خنزيرَه ضمن القيمةَ[٣].

وقال الشافعيُّ[٤] ﷺ: لا يضمنهما للذميِّ أيضًا وعلىٰ هٰذا الخلاف، الذمي إذا أتلف علىٰ ذمي أو باعهما عليه له أنَّ الضمانَ يستدعي رعاية المماثلة ولا مماثلةَ بين ما ليس بمتقوِّمٍ في حقِّ المسلم (بل هو مهان وبين المال المتقومِ الذي هو الضمان وإذا لم تكن متقوِّمَة في حق المسلم)[٥] وأهل الذمة أتباعنا فيُطَّرد الحكمُ في حقِّهم.

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٢-١٩٣، و«المبسوط» ١١/ ٩٤-٩٥، و«الهداية» ٤/ ٣٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٩، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٦.

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١١٩، و«الكتاب» ٢/ ١٩٥-١٩٦، و«المبسوط» ١١/ ١٠٢-١٠٥، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٠-٨١، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٦.

(٤) «الوجيز» ١/ ٢٠٨، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٤٨-٢٤٩، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٠٦، و«غاية البيان» ص٢١٧.

(٥) ساقط من (ب).

ولنا[١]: أنَّ التقوم باقٍ في حقهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون به والسيف موضوعٌ فتعذر (الإلزامُ)[٢] ومتىٰ بقي التقومُ فقد أتلف مالًا متقومًا مملوكًا لغيره فوجب ضمانهُ، وهٰذا بخلاف الميتةِ والدَّمِ لعدم تقومهما في سائر الأديان وإنَّما وَجَبَ على المسلم قيمةُ الخمر وإن كان مثليًّا؛ لأن المسلم ممنوعٌ عن تمليكه وتملكه لكونه إعزازًا لما (أمر)[٣] بإهانته، والذميُّ غيرُ ممنوع عن ذلك بخلاف عقد الربا؛ لأنَّه مستثنىٰ عن عقودهم.

قال: (فلو أسلم بعد إتلافها يبرِّئه وأوجب القيمةَ. والقولان روايتان).

إذا أتلف ذميٌّ خمرَ ذميٍّ ثم أسلم المتلفُ برئ عن الضمان عند أبي يوسف[٤] وهو روايةٌ عن أبي حنيفة[٤].

وقال محمدٌ[٤] وهو روايةٌ عنه أيضًا: عليه القيمةُ؛ لأنه عجز عن تسليم مثلها شرعًا فوجب تسليمُ القيمة؛ لأنَّ المتلفَ مالٌ متقومٌ في حقِّ الذميِّ وصار كما إذا أتلفها مسلمٌ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١٩، و«الكتاب» ٢/ ١٩٥-١٩٦، و«المبسوط» ١١/ ١٠٢-١٠٣، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٠-٨١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٨.

(٢) في (ب): (الالتزام).

(٣) في (ب): (أمرنا).

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٩٦، و«المبسوط» ١١/ ١٠٣-١٠٤، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«وسائل الأسلاف» ص٣٨٧.

(٥) ينظر المراجع السابقة.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(ولأبي يوسف)[(١)(٢)] ﷺ أنه حين الإتلاف (وجب عليه)[(٣)] مثلها فإذا أسلم صار ممنوعًا عن تملكها وقربانها، ولا يمكن إيجاب القيمة، لأنَّ ما وقع منه لم يقعْ موجبًا للقيمة ولم يوجدْ سببٌ موجبٌ لها من بعد، وصار كما لو أسلم المتلفُ عليه.

قال: (ولا يضمنه زقُّ خمر شقَّه لإراقتها، وخالفه).

رجلٌ شقَّ زقَّ[(٤)] خمرٍ لمسلم ينهاه بذلك عن المنكر.

قال أبو يوسف[(٥)] ﷺ: لا ضمان عليه في الزقِّ.

وقال محمدٌ[(٢)]: يضمنه؛ لأنَّ الزقَّ مالٌ متقومٌ وكان مضمونًا بالإتلاف كسائر الأموال المتقومة، والحسبةُ يمكن إقامتُها بالإراقة.

ولأبي يوسف[(٢)] ﷺ أنَّ هٰذا الفعلَ منه صدر لإقامة الأمرِ بالمعروفِ والنهي عن المنكر، وقد لا يتيسرُ الإراقةُ بدون الشَّقِّ فيكون مأذونًا له في ذلك شرعًا كما قلنا (في كسر المعازف)[(٦)(٧)].

---

(١) في (ب): (وقال أبو يوسف).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٩٦، و«المبسوط» ١١/ ١٠٣-١٠٤، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«وسائل الأسلاف» ص٣٨٧.

(٣) طمس في الأصل والمثبت من (ب).

(٤) الزق: السقاء والظرف والدعاء من جلد يحبز شعره ولا ينتف للشرب وغيره. «المصباح المنير» ص١٥٤، و«مختار الصحاح» ص٢٥٢، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣٩٦. مادة (زقق).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«الهداية» ٤/ ٣٤٧-٣٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٨٠-٨١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٤٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٨.

(٦) في (ب): (من كسر معازف).

(٧) «الكتاب» ٢/ ١٩٥-١٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥-٣٤٧، و«الاختيار» ٣/ ٨٠-٨١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٨.

قال: (ولو كسر معزفًا لغير لهْوٍ فهو ضامنٌ).

قال أبو حنيفة[١] رحمه الله: إذا كسر دفَّ[٢] مسلمٍ أو طبلَهُ[٣] أو (مزماره)[٤] أو شيئًا آخر من الملاهي التي ٱقتنيت في البيت لا للهو ضمن قيمتَها.

وقالا[٥]: لا ضمانَ عليه؛ لأنَّه محتسبٌ ولا ضمان على المحتسب، وله أنه أتلف مالًا متقومًا منتفعًا به من وجه آخر سوى التلهي به فيضمن قيمتَه من ذلك الوجه، كما إذا أتلف جاريةً مغنيةً فإنه يضمن قيمتَها غيرَ مغنيةٍ كذا هٰذا. والحسبةُ يمكن إقامتُها (بالمنع)[٦] والأخذ دون الإتلاف، وهٰذِه المسألةُ مذكورةٌ في السرقة من باب أبي حنيفة[٧] وهي (أليقُ بهٰذا الموضع)[٨] فنقلْتها إليه[٩].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٥-١٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥-٣٤٧، و«الاختيار» ٣/ ٨٠-٨١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٨.

(٢) الدف: بضم الدال وفتحها: آلة طرب يلعب بها وينقر عليها. «المصباح المنير» ص١٢٠، و«مختار الصحاح» ص١٩٥، و«المعجم الوسيط» ١/ ٢٨٩. مادة (دفف).

(٣) طبلة: الذي يضرب به وهو صغير ذو وجه واحد. «مختار الصحاح» ص٣٥٢، و«معجم لغة الفقهاء» ص٢٥٩، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٥٥١.

(٤) في (ب): (مزامره).
والمزمار: آلة للزمر موسيقية نفخية من قضيب يزمر فيها فتصوت. «المصباح المنير» ص١٥٥، و«معجم لغة الفقهاء» ص٣٥٣، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣٩٩.

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٩٥-١٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥-٣٤٧، و«الاختيار» ٣/ ٨٠-٨١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٨.

(٦) طمس في الأصل والمثبت من (ب).

(٧) المنظومة لوحة ٣٣.

(٨) في (ب): (بهٰذا الموضع أليق).

(٩) «الكتاب» ٢/ ١٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٩، و«الهداية» ٤/ ٣٤٧، و«الاختيار» ٣/ ٨١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٨.

قال: (ولو أبق المغصوبُ فردَّ على المالك فأدى الجعلَ يمنعه من الرجوع على الغاصب، وخالفه).

رجلٌ غصب عبدًا فأبقَ[١] من يده فردَّه آخر علىٰ مولاه وأخذ منه الجعل[٢].

قال أبو يوسف[٣]: ليس له أنْ يرجع بالجعلِ على الغاصب.

وقال محمدٌ[٣] رحمه الله: له ذلك لأنه ضمانٌ لحقه بسببٍ وجد عند الغاصبِ فيرجعُ به عليه كالدَّفع والفداء بالجباية بسببٍ كان عنده.

ولأبي يوسف أنَّ الجعلَ كالأجرِ على العمل والعاملُ عمل للمالك بإحياء مِلْكِه بالردِّ عليه فلا يرجعُ بأجر عملٍ وقع له علىٰ غيره[٣].

قال: (ومشتريه منه لو أعتقه ثم أجاز المالك فالعتقُ جائزٌ وأبطله).

رجلٌ غصب عبدًا فاشتراه رجلٌ من الغاصب ثم أعتقه ثم أنَّ المالكَ أجاز البيعَ.

قال أبو حنيفة[٤] رحمه الله: صحَّ العتقُ.

---

(١) أبق: أبق العبد يأبق ويأبِقُ إباقًا إذا هرب وتأبق إذا ٱستتر واحتبس. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ١٥، و«المصباح المنير» ص٧، و«مختار الصحاح» ص١٢. مادة (أبق).

(٢) الجعل: هو الأجرة على الشيء فعلًا أو قولًا. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ٢٧٦، و«غريب الحديث» لابن الجوزي ١/ ١٦٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٤٧، و«البحر الرائق» ٨/ ١٣٨.

(٤) «المبسوط» ١١/ ٦٢-٦٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣٤، و«الهداية» ٣/ ٧٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٣٧، و«وسائل الأسلاف» ص٤٧١.

وقال محمدٌ[١] رَحِمَهُ اللَّهُ: هو باطلٌ؛ (لأنَّ بيعَ)[٢] الفضوليِّ غيرُ منعقدٍ في حقِّ الحكم لعدم الولاية فكان الإعتاقُ حاصلًا في مِلْكِ الغير فوقع باطلًا، كما لو باعه هٰذا المشتري من آخر ثمَّ أُجِيزَ البيعُ الأولُ فإن البيعَ الثاني باطلٌ، وكما لو ٱشترىٰ عبدًا بشرط الخيار للبائع ثلاثًا فأعتقه ثم تَّم البيعُ بالإجازة في المدَّةِ أو وبمضيها فإنَّ العتق لا ينفذ بالإجماع.

وله أنَّ بيعَ الفضولي (أثبت)[٣] للمشتري ملكًا موقوفًا، وإنَّما يوقف لحقِّ المالك، وضررُه في النفاذ لا في التوقف والإعتاق صادف المِلْك المتوقف فيتوقفُ، فإذا أُجيزَ البيع نفذ مستندًا إلى العقد السابق فينفذ الإعتاقُ بنفاذه ضرورةَ توقفه لتوقفه ألا ترىٰ أنه لو قُطعتْ يدُ العبد بعد الشراء وأخذ المشتري الأرشَ أُجيزَ ثم البيعُ /٥ب/ فالأرشُ كلُّه للمشتري لنفاذه من حين العقد علىٰ وجه الأستناد بخلاف البيع الثاني؛ لأنَّ المِلْكَ الباتَّ للمشتري الأولِ طرأ على المِلْكِ الموقوفِ للمشتري الثاني فأبطلَه[٤].

وأما المسألةُ الثانيةُ: فالبيعُ بشرط الخيار للبائع مما ينفي رضاه بالبيع وخروج المبيع عن مِلْكِه متوقفٌ علىٰ رضاه، فلم يثبتْ حكمُ العقد أصلًا في حقِّ المشتري، فلم يصادفْ العتقُ مِلْكَه، وهاهنا وُجِدَ البيعُ إلَّا أنه توقف حكمُه دفعًا لضرر المالك، فيكون العتقُ حاصلًا في الملك الموقوفِ

(١) «المبسوط» ١١/ ٦٢-٦٣، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣٤، و«الهداية» ٣/ ٧٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٣٧، و«وسائل الأسلاف» ص٤٧١.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب).

(٣) في (ب): (لا يثبت).

(٤) «الهداية» ٣/ ٧٦-٧٧.

فينفذ بنفاذه. وقولُ أبي يوسف[١] كقول أبي حنيفةَ[١] في روايةِ «الجامع الصغير»[٢] وكقول محمدٍ[٣] في رواية أخرىٰ.

قال: (أو قطع يديه (أو رجليه)[٤] فالمالكُ يضمنه إنْ سلَّمَهُ إليه، وقالا: يمسكه ويأخذ النقصانَ).

رجلٌ غصب عبدًا فقطع يديه أو رجليه أو فقأ عينيه.

قال أبو حنيفة[٥] رحمه الله: تُدْفَعُ الجثةُ[٦] إلى الجاني ويُلْزِمْه بجميع قيمته وليس له أنْ يمسكَه ويأخذَ النقصان.

وقالا[٥]: له ذلك؛ لأنه جنىٰ علىٰ مال غيره فيتخيَّر المالكُ بين أنْ يدفعَ المالَ إليه ويضمِّنه القيمةَ وبين أنْ يمسكَه ويأخذَ منه ما نقصتْ (منه)[٧] الجناية كالخرقِ الكبيرِ في الثوبِ، وله أنَّ الشرعَ قدَّر ضمانَ العينين أو اليدين بكل القيمةِ وليس إلى العبد تغيير ما قدَّره الشرعُ، فمن ضرورة تضمينه العينين تسليم الجثةِ إلى الغاصبِ وألاَّ[٨] يجتمع البدلان في ملكٍ واحدٍ -أعني: بدل كلِّ العبد وجثته- وإن أرادَ إمساك الجثةِ لم يكن له

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٣، و«المبسوط» ١١/ ٦٤-٦٥، و«الهداية» ٣/ ٣٢، و«الاختيار» ٢/ ٢٦٣-٢٦٤، و«وسائل الأسلاف» ص٤٧٣.

(٢) «الجامع الصغير» ص٣٥٩.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٣، و«المبسوط» ١١/ ٦٤-٦٥، و«الهداية» ٣/ ٣٢، و«الاختيار» ٢/ ٢٦٣-٢٦٤.

(٤) من (ب).

(٥) «الهداية» ٤/ ٥٥٩-٥٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٤٥.

(٦) الجثة: شخص الإنسان قاعدًا أو نائمًا.
«المصباح» ص٥٩، و«مختار الصحاح». مادة (جثث).

(٧) من (ب).

(٨) في (ب): (ولا).

من الضمان شيءٌ[١].

قال: (أو دبغ جلد ميتةٍ بما له قيمةٌ ثم ٱستهلكه فهو بريءٌ.

وقالا: يضمن قيمته طاهرًا).

أي جلدٍ مذكىٰ غيرِ مدبوغٍ[٢].

لهما[٣]: أنه أتلفَ مالًا متقومًا للمالك فيضمنُ كما لو دبغه بما لا قيمةَ له وكما لو ٱستهلكه غيرُه وله أنْ تقومه، مضافًا إلىٰ ما زاده الغاصبُ فيه وهو تابعٌ للأصلُ والأصل غيرُ مضمونٍ (عليه)[٤] فكذا تابعه، ألا ترىٰ أنه لو هلك في يده لم يضمن بخلاف المدبوغِ بما لا قيمةَ له فإنه ليس للغاصبِ فيه شيءٌ متقوم، ألا ترىٰ أنَّه لو لم يستهلكه بل أخذه المالكُ فإنه يأخذه مجانًا[٥] وفي (مسألتنا)[٦] لم يأخذه حتىٰ يُعطيَ الغاصبُ ما زاد الدبغُ فيه، وبخلاف ما لو ٱستهلكه غيرُه؛ لأن الأصلَ مضمونٌ بالإتلاف علىٰ غير الغاصب فكذا البيعُ[٧].

---

(١) «الهداية» ٣/ ٧٧، ٤/ ٣٤٠، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٥.

(٢) مدبوغ: الدباغة ٱسم للصنعة وهي إزالة النتن والرطوبة من الجلد للجواد خاصة. «المصباح المنير» ص١١٥. مادة (دبغ)، و«معجم لغة الفقهاء» ص١٨٣. مادة (دباغة).

(٣) «المبسوط» ١١/ ٩٦، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥-٣٤٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٢-٢٦٣، و«البحر الرائق» ٨/ ١٤٠-١٤١.

(٤) من (ب).

(٥) (مجانًا): (أي بلا (بدل). «المصباح المنير» ص٣٣٥، و«مختار الصحاح» ص٥٤٨. مادة (مجن).

(٦) طمس في الأصل والمثبت من (ب).

(٧) «المبسوط» ١١/ ٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٢-٢٦٣، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥-٣٤٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٤٠-١٤١.

قال في («شرح مختلف الرواية»)[١][٢] الرواية أنَّ المالك إذا لم يستهلك الغاصبُ الجلدَ إنْ شاء أخذ الجلدَ وأعطى الغاصبَ ما زاد الدباغُ فيه، وإنْ شاء تركه وضمَّنه قيمةَ جلدٍ طاهرٍ، كما لو صبغ ثوبًا مغصوبًا أحمرَ.

قال بعضُ المشايخ: والصحيحُ من المذهب أنه ليس للمالكِ أنْ يضمِّنَه قيمةَ جلدٍ طاهر ويتركه عليه، لاسيما عند أبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ اللهُ، بخلاف الثوب قبل الصبغِ كان مالًا متقومًا ولا كذلك الجلدُ حتىٰ لو غصب جلد ذكيةٍ ودبغه بما له قيمة كان للمالك أنْ يضمِّنُه قيمته[٤] غيرِ مدبوغ ويتركه عليه إنْ شاء، وإن شاء أخذه وأعطى الغاصب ما زاد الدباغُ فيه[٣].

قال: (والسوادُ في الصبغ نقصانٌ، وقيل: هو ٱختلاف زمان).

رجل غصب ثوبًا فصبغه أسودَ.

قال أبو حنيفة[٥]: هٰذا بمنزلة تخريق الثوبِ.

وقالا[٦]: هو زيادةٌ كما لو صبغه بحمرةٍ. وهٰذا ٱختلافُ عرفٍ وزمانٍ، فإنَّ الناسَ في زمن أبي حنيفة لم يكونوا يلبسون الثيابَ السودَ لخساستها،

---

(١) في (ب): (شرح المختلف).

(٢) ٣/ ١٣٢٣.

(٣) «المبسوط» ١١/ ٩٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٦٢-٢٦٣، و«الهداية» ٤/ ٣٤٥-٣٤٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٤٠-١٤١.

(٤) في (ب): (قيمة).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١١٩، و«الكتاب» ٢/ ١٩٣، و«المبسوط» ١١/ ٨٤، و«الهداية» ٤/ ٣٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٦.

(٦) «المبسوط» ١١/ ٨٤، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٩، و«الهداية» ٤/ ٣٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٦.

وفي زمنهما صار السوادُ شعارًا للدولة العباسية، فصار السوادُ من أشرف الملابس وأنفسها حتىٰ قيل في ذلك: كيف لا يشرفُ السوادُ وقد صار شعارًا علىٰ بني العباس؟ فلم يكن الخلافُ مبنيًّا على الدليل، والتنبيهُ علىٰ ذلك من الزوائد فيهما[١].

قال: (ولو صبغه أحمرَ أو لتَّ سويقه بسمنٍ فإنْ شاء أخذهما وردَّ ما زاد الصبغ والسمن فيهما أو ضمَّنه قيمةَ ثوبٍ أبيضَ ومثل السويقِ وسلمهما).

لأنَّ في إثبات الخيارِ رعايةَ الجانبين علىٰ ما بيّنا من قبل، وصاحبُ الثوبِ صاحبُ الأصلِ فكان الخيار له وإنمَّا وجب[٢] مثلُ السويقِ[٣] لأنَّه مثلي، وقيل: تجب قيمُته بناءً علىٰ أنَّه يتغيرُ بالقلي إلَّا أنَّ التفاوتَ قليلٌ فلم يخرجْه عن كونه مثليًّا[٤].

قال: (ولو أطعمَ المالكُ ما غصبَه منه ولم يعلمه نبرئه عنه).

إذا أطعمَ الغاصبُ الطعامَ المغصوبَ مالكه ولم يعلم أنه (ملكه)[٥] بَرِئ عن الضمانِ عندنا[٦].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١٩-١٢٠، و«المبسوط» ١١/ ٨٤، و«الهداية» ٤/ ٣٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٩.

(٢) في (ب): (ضمنه).

(٣) السويق: طعام يعمل من الحنطة والشعير معروف.
«المصباح المنير» ص١٧٨، و«مختار الصحاح» ص٢٩٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٩-١٢٠، و«الكتاب» ٢/ ١٩٣، و«المبسوط» ١١/ ٨٤، و«الهداية» ٤/ ٣٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٦.

(٥) في (ب): (يملكه).

(٦) «المبسوط» ١١/ ٩٩-١٠٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٤٢-٢٤٣.

وقال الشافعيُّ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ: عليه ضمانه وعلىٰ هٰذا لو غصب ثوبَه فألبسه المالكَ فلبسه حتىٰ يُخْرقَ وله أنَّ سبب الضمانِ قائمٌ وهو الغصبُ فلا يبرأ عنه إلَّا بالأداء أو بالإبراءِ من المالكِ ولم يوجدْ واحدٌ منهما.

ولنا[2]: أنَّه آنتقضَ سببُ الضمانِ بالردِّ على المالكِ (فكأنه)[3] لم يكن.

قال: (ولا يضمِّنه زوائدَ المغصوب مطلقًا إلَّا بالتعدي أو بالمنع بعد الطلبِ).

زوائدُ المغصوبِ أمانةٌ في يدِ الغاصبِ، ومعنى الإطلاقِ أنه سواءٌ كانت الزيادةُ متصلةً كالسمنِ والجمالِ، أو منفصلةً كالولدِ (والثمرةِ والصوفِ)[4] واللبن إذا تلفتْ من غير تعد من الغاصب لا يضمنها، وإنْ تعدىٰ فيها بأن أتلفه أو أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه أو طلبها مالكها فمنعه إياها ضمنها[5].

وقال الشافعيُّ[6] رَحِمَهُ اللَّهُ: عليه الضمانُ مطلقًا لوجود حدِّ الغصب وهو إثباتُ اليد العاديةِ علىٰ مالِ الغير بغير رضاه علىٰ ما مرَّ، وصار

---

(١) «الأم» ٣/ ٢٥٥، و«الوجيز» ١/ ٢١٠، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٤٥، و«التنبيه» ص١١٦.

(٢) «المبسوط» ١١/ ٩٩-١٠٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٤٢-٢٤٣.

(٣) في (ب): (فكان كأن).

(٤) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١١٧، و«الكتاب» ٢/ ١٩٤-١٩٥، و«المبسوط» ١١/ ٥٤-٥٥، و«الهداية» ٤/ ٣٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧، و«عقود الجواهر» ٢/ ٥٠، و«البحر الرائق» ٨/ ١٣٧-١٣٨.

(٦) «الوجيز» ١/ ٢٠٦، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٢٦، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٣٥، و«غاية البيان» ص٢١٧.

كولدِ الظبية المخْرَجَةِ من الحرمِ إذا ولدت في يده فإنها مضمونةٌ عليه.

ولنا[١]: أنَّ الغصب لم يوجد فإنه إثباتُ اليد علىٰ مال الغير علىٰ وجهٍ يزيلُ يد المالكِ بفعلٍ في المحل يفوت به شيءٌ كان ثابتًا للمالك فيه أو ما يقومُ مقامَ التفويتِ كالامتناع من الردِّ بعد طلب صاحبِ الحقِّ لما بيناه، وإذا لم يوجدْ غصبُ الزوائد بهٰذا التفسير لا يجبُ الضمانُ لاستحالة ثبوتِ الحكم من غير ثبوت السبب؛ لأن يدَ المالكِ لم تكن ثابتةً على الزوائد فتزالُ بالغصبِ وملكُ المالكِ ثابتٌ فيه فإذا تعدىٰ فيها ضمنُ كما يضمن الأمانات، وأما ولدُ الظبيةِ فإنْ هلكتْ قبل التمكنِ من الإرسال فلا ضمانَ لعدم المنع، وأما إذا تمكن من الإرسالِ وامتنع منه فَهلَكَ ضمن؛ لوجود المنعِ بعد طلبِ صاحب الحقِّ وهو الشرعُ.

(و)[٢] قال صاحبُ «الهداية»[٣]: وعلىٰ هٰذا أكثُر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية، ولهٰذا يتكررُ بتكررها ويجبُ بالإعانةِ والإشارةِ، فلأن يجيب بما هو فوقه وهو إثباتُ اليد علىٰ مستحق الأمن أولىٰ وأحرىٰ.

قال: (ولا المنافعُ ٱستوفاها أو عطَّلها).

منافعُ المغصوب غيرُ مضمونةٍ عندنا سواءٌ صرفها إلىٰ نفسهِ أو عطلها على المالك[٤].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٤-١٩٥، و«المبسوط» ١١/ ٥٤-٥٥، و«الهداية» ٤/ ٣٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٤٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٧-١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٩٥، و«المبسوط» ١١/ ٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٤٤-٣٤٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧.

وقال الشافعيُّ[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ: هي مضمونةٌ في الحالين؛ لأنَّ المنافعَ جاريةٌ مجرى الأعيان؛ لأنَّها تُضمنُ بالعقود (وقد)[(٢)] أثبت يدَه العادية عليها فكان إثباتُ اليد على المغصوب تفويتًا لمنافعه المستحقَّة للمالك عليه فيكون إثبات اليد علىٰ مالِ الغير -أعني المنافعَ الملحقةَ بالأعيانِ- بصفةِ التعدي قائمًا فيضمن[(٣)].

ولنا: أنَّ المنافعَ حصلت علىٰ مِلْكِ الغاصب، لأنَّها لم تحدث في يدِ المالك؛ لأنها أعراضٌ لا تبقىٰ فيملكها دفعًا لحاجته والإنسانُ لا يضمن مِلْكِ نفسه علىٰ أنه لا يتحقَّقُ غصبُ المنافع وإتلافها؛ لأنه لا بقاء لها؛ ولأنَّ ضمانَ العدوانِ يستدعي المماثلةَ ولم يضمن بمنافع مثلها إجماعًا فبالأولىٰ أن لا يضمن بجواهر الأثمان لعدم المماثلة بين العرضِ[(٤)] والجوهرِ[(٥)]، وهي غيرُ متقومةٍ في نفسها وتقومُها ضروريٌّ بواسطة العقد إلَّا أنه إذا ٱنتقص بسببِ ٱستعماله وجب ضمانُ النقصان لاستهلاكهِ بعضَ أجزاءِ العين[(٦)].

---

(١) «الوجيز» ١/ ٢١٤، و«حلية العلماء» ٥/ ٢١٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٥١، و«غاية البيان» ص٢١٦.

(٢) في (ب): (ولو).

(٣) «المبسوط» ١١/ ٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٤٤-٣٤٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧.

(٤) العرض هو ما يقوم بغيره وهو ضد الجوهر.
«المعجم الوسيط»٢/ ٥٩٤ مادة عرض.

(٥) الجوهر هو ما يقوم بنفسه . «المعجم الوسيط»١٠/ ١٤٩ مادة جوهر.

(٦) «المبسوط» ١١/ ٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٤٤-٣٤٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧.

قال: (والزيادةُ المتصلةُ لا تضمن بالبيعِ والتسليمِ).

الغاصبُ إذا غصب عبدًا فزاد عنده زيادةً متصلةً كالسمن والجمال ثم باعه الغاصبُ وسلمه إلى المشتري.

قال أبو حنيفة[١] رحمه الله: لا يضمنُ الزيادةَ.

وقالا[١]: يضمنها؛ لأنه فوَّتَ على المالكِ مكنة الاستردادِ بواسطة البيعِ والتسليم وهو سببٌ آخر للضمانِ غيرُ نفسِ الغصب؛ لأن مكنةَ الاستردادِ كانت موجودةً للمالك إلىٰ حين التسليم بعد البيع، فإذا فوَّتَ المكنة ضمنَ كالغاصبِ من الغاصبِ؛ لأنه يفوِّتُ مكنةَ الاسترداد وصار كالزيادةِ المنفصلةِ.

وله[٢]: أنَّ مكنة الاستردادِ إنما تنعقدُ سببًا للضمان في محلٍّ يتصور ورودُ الغصب عليه وهٰذا المحلُّ مغصوبٌ، وغصبُ المغصوبِ تحصيلُ الحاصل، ألا ترىٰ أنَّ استخدامَ العبد بعد غصبه لا يعد غصبًا وإنْ كان في الابتداء غصبًا، فلم يكن هٰذا التفويتُ ملحقًا بالغصب فلم يكن سببًا للضمان بخلاف المنفصلة؛ لأنه سلمها وباعها قصدًا فصار غاصبًا لها بتفويت مكنةِ الاستردادِ، ولأن سببَ الضمانِ إخراجُ المحلِّ من أنْ يكون منتفعًا به في حقِّ المالك ولم يوجد؛ لأن الزيادةَ المتصلةَ ما كان منتفعًا بها في حقِّ المالك لعدم يده عليها[٣].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣٢، و«وسائل الأسلاف» ص٣٧٠-٣٧١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧، و«البحر الرائق» ٨/ ١٢٥.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٤-١٩٥، و«المبسوط» ١١/ ٥٥، و«الهداية» ٤/ ٣٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧.

قال: (ويضمنُ ما نقصتْ الجاريةُ بالولادة إلَّا إن يفي الولدُ بجبره فنسقطه).

رجلٌ غصب جاريةً فولدت[١] عنده ونقصتْ بالولادة[٢] فهو في ضمان الغاصب فإنْ كان في قيمةِ الولد وفاءٌ جُبرَ النقصانُ بالولد وسقطَ ضمانُه عن الغاصبِ، وهٰذا ٱستحسان، وإنْ لم يف بذلك لم يُجبرْ بقدره وضمن الباقي[٣].

وقال زفر[٤] والشافعي[٥]: لا يسقط ضمانُه ولا يتجبَرُ النقصانَ بالولد وهو القياسُ؛ لأنَّ النقصانَ حصل في ضمانه حقيقةً وهو قائمٌ، فلابد من الجبر والولد لا يصلحُ جابرًا؛ لأنَّ الفائت مِلْكُه والولدُ مِلْكُه وملكُه لا يجبر بملكه.

(و)[٦] وجهُ الأستحسانِ أنَّ الولد حصل بالولادةِ (وكذلك)[٧] النقصانُ فاتحد سببُ النقصان والزيادة فامتنع ظهورُ النقصانِ.

قولهُ: (بأنَّ مِلْكَه لا يُجْبرُ بملكِه) قلنا نحن نِسْعَىٰ لمنع ظهورِ النقصان)[٨] فلمْ نحتجْ إلى الجبرِ.

---

(١) في (ب): (فحبلت).

(٢) في (ب): (في الولادة).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«الكتاب» ٢/ ١٩٥، و«المبسوط» ١١/ ٥٨، و«الهداية» ٤/ ٣٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٨٠.

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٤، و«وسائل الأسلاف» ص٣٨١.

(٥) «الوجيز» ١/ ٢١٤، و«حلية العلماء» ٥/ ٢٢٧، و«روضة الطالبين» ٤/ ١٥٢.

(٦) من (ب).

(٧) في (ب): (وكذا).

(٨) ساقط من (ب).

قال: (ولو حبلتْ فردَّها فماتتْ في نفاسها فعليه قيمتُها يوم العلوق. وقالا: نقصان الحبَلِ في الأصحِّ).

إذا غصب جاريةً فزنا بها هو أو غيرُه فحبلتْ عنده ثم ردَّها إلىٰ مولاها فماتتْ عنده في نفاسِها يضمن الغاصبُ قيمتهَا يوم علقتْ عند أبي حنيفة[١].

وقالا[١]: لا يضمنُ[٢] شيئًا، ذكره في «المختلف»[٣]: والصحيح ما ذكره قاضي خان أنَّ عليه ضمانَ نقصانِ الحبَلِ عندهما.

قالا[١]: حصل التلفُ بسببٍ /٦ب/ وُجِدَ عند المالك وهو الولادةُ فلا يضمنُ الغاصبُ كمن ٱشترىٰ جاريةً فوجدها حاملًا فولدت وماتتْ في نفاسِها أنه رجع بنقصان الحَبلِ دون الثمنِ[٤]، وكذا لو حُمَّتْ فردَّها فماتتْ عند المالكِ يضمن النقصان[٤]، أو زنتْ عند الغاصب فردَّها فجُلدتْ فماتتْ بالجلدِ[٤]، وله أنه غصبها فارغةً عن سببِ الهلاك وردَّها، مشغولةً به فلمْ يصحّ الردُّ، إذ الردُّ نقضُ الأخذِ وأنه يستدعي ٱتحادَ الصفة في حالتي الأخذِ والردِّ، كما لو جنتْ عند الغاصب فردَّها على المالكِ فُقتِلتْ في يده بتلك الجناية قصاصًا فإنه يرجعُ على الغاصبِ بقيمتها[٤]، وهٰذا لأن الحبَلُ سببٌ لانفصال الولدِ الذي هو سببُ توارث الآلام التي هي سببُ الموت بخلاف ما ٱستشهدا به،

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١٨، و«المبسوط» ١١/ ١٠٧، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٢-٢٥٤، و«الهداية» ٤/ ٣٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٥٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٧.

(٢) في (ب): (ضمان).

(٣) ٣/ ١٣٢٤.

(٤) «المبسوط» ١١/ ١٠٧-١٠٨، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٣-٢٥٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٥٥.

أما المرضُ فلعجز الطبيعةِ عن دفع أثرِ الحمى المتواليةِ وذلك غيُر حاصلٍ بالحمى الأولى التي كانت عند الغاصب؛ لأنها غيُر موجبةٍ لما بعدها، وأمَّا الجَلدُ فإن المشروعَ ضربٌ غيرُ متلفٍ. ومسألةُ البيع ممنوعةٌ والمذكورُ في «المختلف»[١] أنَّ الغاصبَ لا يضمنُ شيئًا عندهما؛ لأنها تعيبتْ في يد الغاصب بالحبل فلمَّا ردَّها وولدتْ زال العيبُ فزال الضمانُ، والنفاسُ حصل في يد المالك فلا يضمنُ به الغاصبُ.

والصحيحُ ما ذكره قاضي خان[٢]؛ لأنَّ التلفَ[٣] حصل بالنفاس، والنفاسُ بسبب الولادةِ والولادةُ بسبب الحبلِ فلم يصحّ؛ لأنَّ الغصبَ زال بالولادةِ مع أنه باقٍ ببقاء أثرِه، والإشارةُ إلى الصحيح من الزوائد (والله أعلم)[٤].

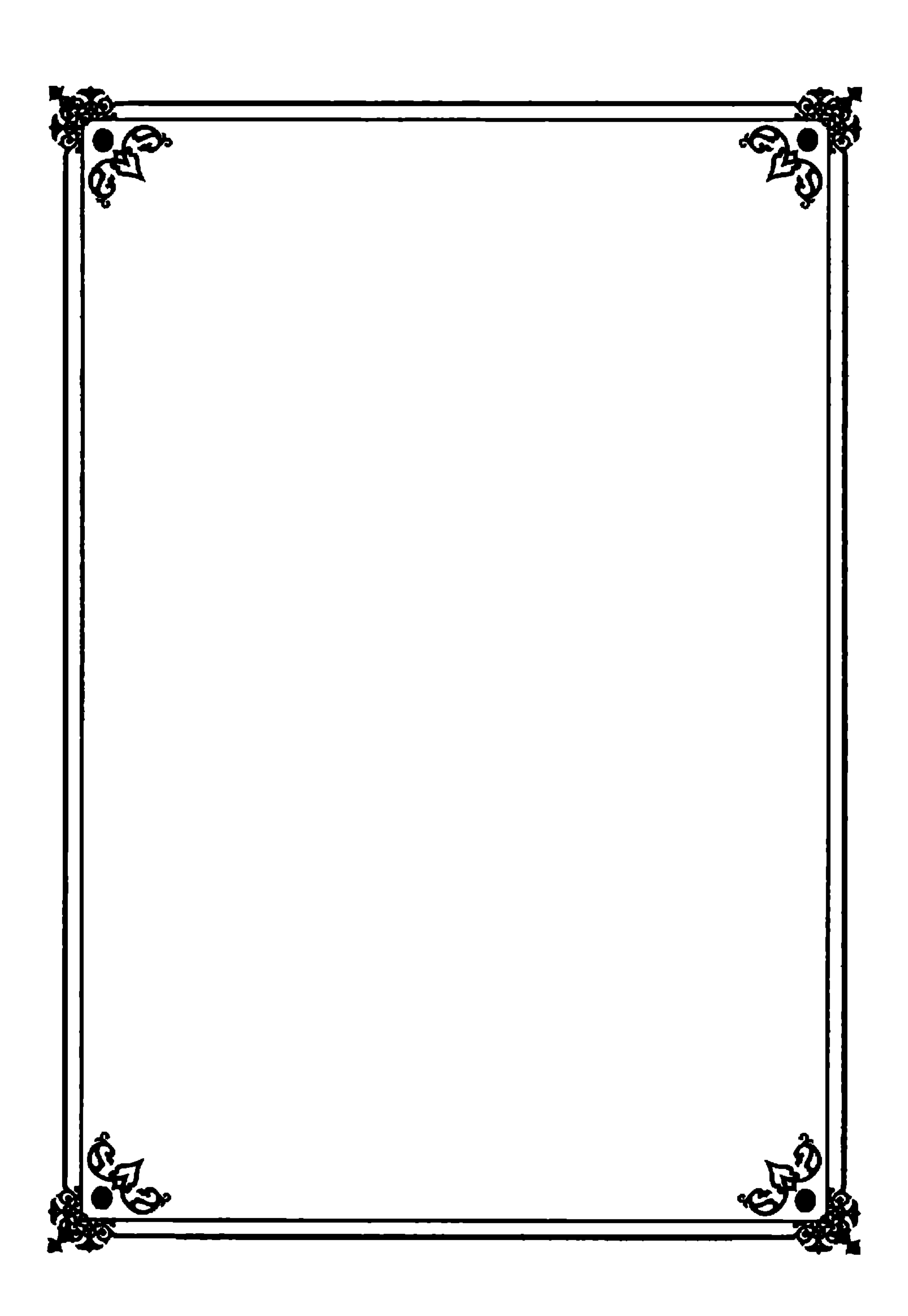
---

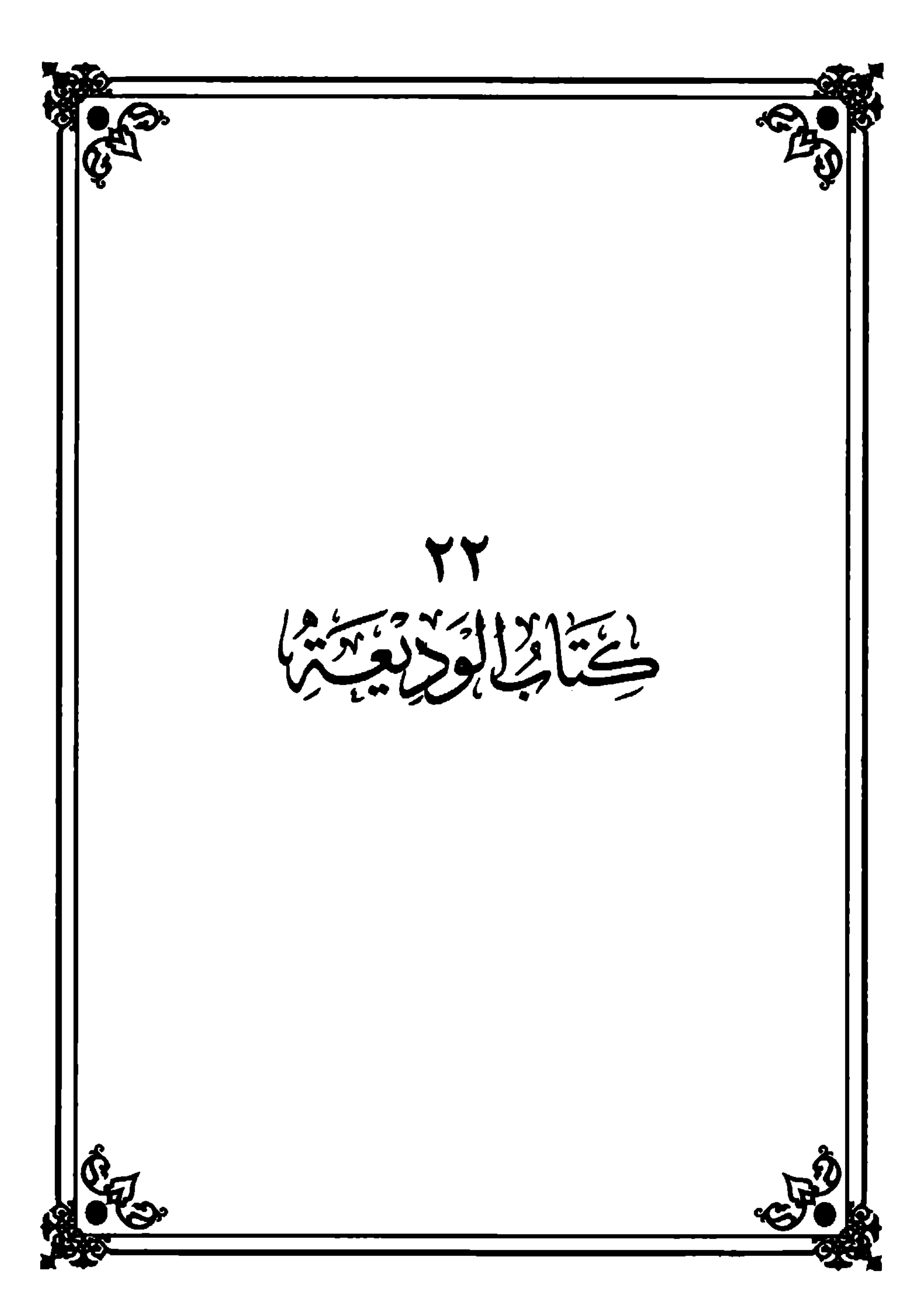
(١) ٣/ ١٣٢٤.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٥٥.

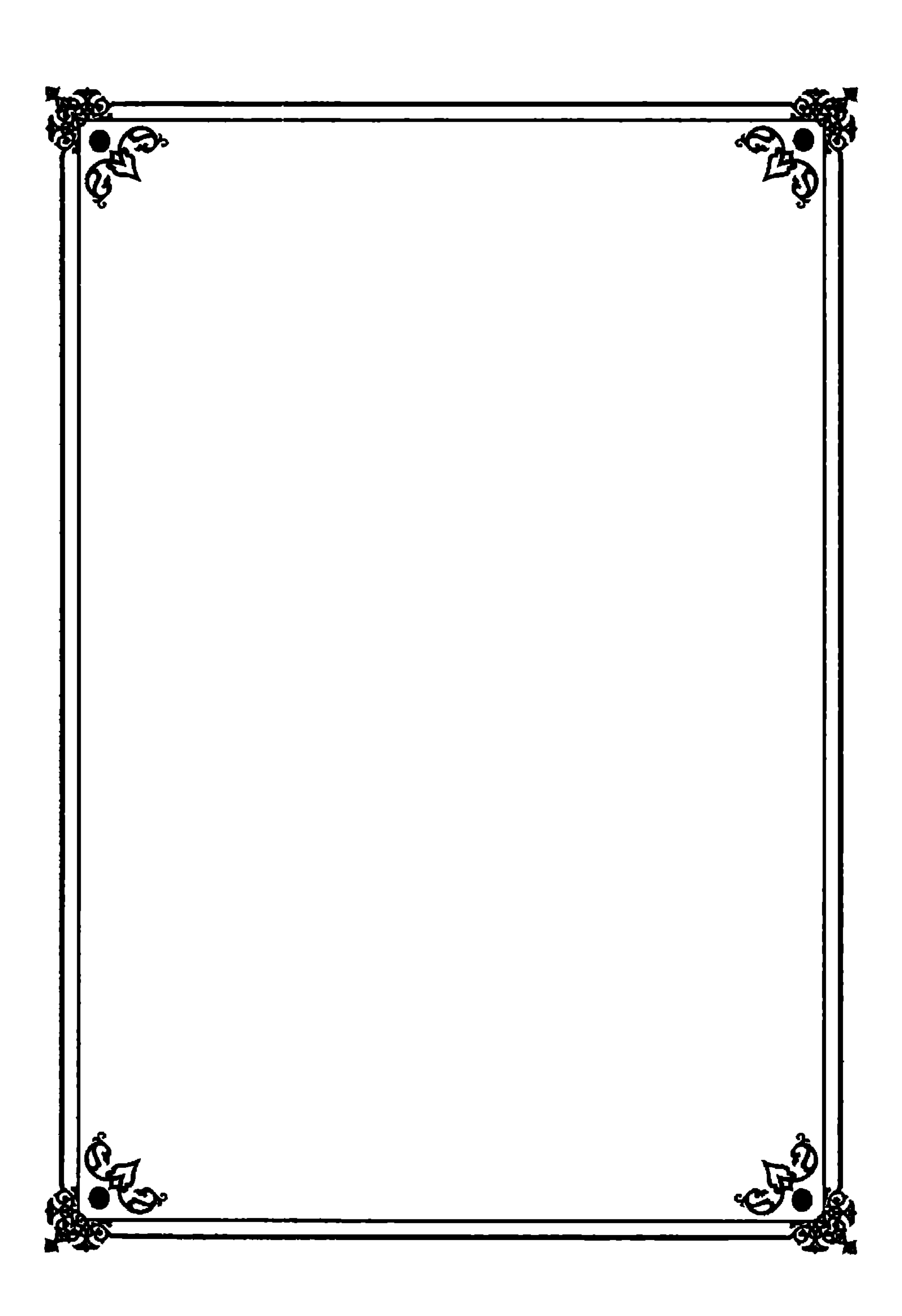
(٣) في (ب): (المتلف).

(٤) من (ب).





٢٢
كتاب الوديعة



كتابُ الوديعة[١]

اشتقاقُ الوديعة من الودع[٢]: وهو التركُ، ومنه دع هٰذا. أي: ٱتركه، ومنه الموادعةُ في الحرب تركها، وقال ﷺ: «**لينتهينَّ أقوامٌ عن وَدَعَهم الجماعاتِ أو ليُختمنَّ علىٰ قلوبِهم ثم ليُكتبنَّ من الغافلين**»[٣] ويجوز أنْ يكونَ من الحفظ (و)[٤] قال ﷺ: «**استودعِ اللهَ دينَك وأمانَتك**»[٥] أي ٱستحفظُ الله. أي: ٱطلب (منه)[٦] حفظهما فالوديعةُ الشرعيةُ يوجد فيها كلٌّ من المعنيين فإنها تترك عند المودعِ لأجلِ الحفظِ (ولهٰذا ٱنتخِبَ لها ذوو الأمانةِ والديانةِ)[٧]، وهي مشروعةٌ علىٰ وجهِ الأمانةِ دون الغرامة، قال ﷺ: «**ليس على المستودعِ غيرِ المغلّ[٨] ضمانٌ، ولا على المستعيرِ غيرِ المغلِّ ضمانٌ**»[٩] ويثبت صريحًا ودلالةً، فالصريحُ أن تقول:

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث إن المودع إذا خالف أو تعدىٰ يكون كالغاصب في وجوب الضمان والإثم.

(٢) والوديعة لغةً: واحدة الودائع، يقال: أودَعه مالًا أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده. «المصباح المنير» ص٣٨٨، و«مختار الصحاح» ص٦٣٤، و«المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٢١. مادة (ودع)

(٣) رواه مسلم (٨٦٥) من حديث ابن عمر، وأبي هريرة.

(٤) من (ب).

(٥) رواه الترمذي (٣٤٤٢)، والنسائي في «الكبرىٰ» ٥/ ٢٥٠، وأحمد في «مسنده» ٥/ ١٣٦ من حديث ابن عمر. وقال الترمذي: حديث غريب من هٰذا الوجه وقد روي من غير هٰذا الوجه.

(٦) من (ب): (منك).

(٧) ساقط من (ب).

(٨) المغل: من الإغلال: الخيانة، وقيل: المغل هٰهنا المستغل، وأراد به القابض. «غريب الحديث» للهروي ١/ ١٩٩، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣/ ٣٨١.

(٩) رواه الدارقطني ٣/ ٤١ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروي موقوفًا علىٰ شريح رواه الدارقطني والبيهقي ٦/ ٩١ وقال: وهو المحفوظ.

(أودعتُك)[١] فيقولُ الآخرُ: قبلتُ فيلزمه الحفظ، والدلالةُ أن يضعه عنده أو يقولُ: هٰذِه وديعةٌ فيسكتُ الآخرُ صار مودعًا حتىٰ لو غابَ المالكُ ثم غابَ (الآخرُ وضاع)[٢] ضَمِنَ؛ لأنَّ ذلك إيداعٌ وقبولٌ عرفًا، والإيجابُ وحده كافٍ في حقِّ الأمانةِ حتىٰ لو قال للغاصب: أودعْتك المغصوبَ بدلٌ عن الضمان من غيرِ قبولٍ لأن كونَ المال أمانةً حكمٌ مختص بربِ المال فيثبت به وحده، وأما وجوبُ الحفظ فيلزم المودعُ فلابد من قبوله صريحًا أو دلالةً[٣].

قال: (من (استودعَ)[٤] كان أمينًا).

الأمانةُ قبضُ الشيء لا علىٰ وجه البدل والوثيقة، فالبدل كالمقبوضِ علىٰ سوم الشراء والبيعِ الفاسدِ، والوثيقةُ كقبض الرهنِ فإنه مقبوضٌ علىٰ وجه الوثيقة، والوديعةُ أمانةٌ (إن)[٥] هلكت من غيرِ بَعد فلا ضمانَ، لما روينا، ولاستلزام الضمانِ سد باب الاستيداع خوفًا من الغرامة مع شدة الحاجة إليه، فشُرِعَ أمانةً لئلَّا تتعطل المصالحُ المتعلقةُ به[٦].

---

(١) في (ب): (ودعتك).

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٦٩، و«شرح فتح القدير» ٨/ ٤٨٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٢-٦٦٣.

(٤) في (ب): (نستودع).

(٥) في (ب): (إذا).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٦، و«المبسوط» ١١/ ١٠٩، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٣٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٣-٢٧٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٢.

قال: (فيحفظها بنفسه ومن في عيالهِ وتعتبر المساكنةُ فقدها وحدها. وقيل: مع النفقة).

قال صاحبُ[١] «الينابيع»[٢]: المرادُ بمن في العيال من هو ساكنٌ معه، وتجري عليه نفقتُه من أجيره وغلامهِ وامرأتهِ وولدهِ وغيرِهم، ويدخل فيه العبدُ المأذونُ له الذي مالُه في يده، والشريكُ المفاوضُ[٣] وشريكُ العنان[٤]، وإن لم يكونوا في عيالهِ، ويشترط في الأجير أنْ يكونَ أجيرَ مشاهرةٍ[٥] وطعامُه وكسوتُه على المستأجر، وأجيرُ المياومةِ[٦] ليس من عياله.

وذكر الحسامُ رحمه الله في «الواقعات» ٱمرأةً أودعتْ وديعةً فدفعتها إلىٰ زوجها لا يضمن وإن لم يكنْ الزوجُ في عيالها؛ لأنَّ العبرةَ في هٰذا الباب للمساكنة دون النفقة، ألا ترىٰ أنَّ الأبن إذا كان معهما ساكنًا

(١) هو شمس الأئمة إسماعيل بن الحسين بن عبد الله أبو القاسم، البيهقي.
كان إمامًا، جليلًا، عارفًا بالفقه. صنَّف في المذهب كتابًا سماه «الشامل»، جمع فيه مسائل وفتاوىٰ، تتضمن كتاب «المبسوط»، و«الزيادات»، وهو كتاب مفيد، وله في أصول الفقه كتاب «الينابيع» وهو كثير الفوائد.
انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» ١/ ٣٩٨-٣٩٩، و«الطبقات السنية» ص١٧٥.

(٢) «الينابيع» ٣/ ١٠٧٩ .

(٣) الشريك المفاوض: يقال تفاوض الشريكان فى المال فيه أجمع. «معجم الصحاح» / ٨٢٧ مادة فوض، و«القاموس المحيط» / ٥٨٥ مادة فوض.

(٤) شريك العنان: شركة العنان أن يشتركان فىٰ شئ خاص دون سائر أموالهما.
«مختار الصحاح»/ ٤١٢ مادة عنن، و«المصباح المنير» ٢٥٧ مادة عنن.

(٥) المشاهرة: من الشهرة، وشاهره مشاهرة عامله بالشهر.
«مختار الصحاح» ص٣١٧، و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٩٨. مادة (شهر).

(٦) المياومة: عامله أو ٱستأجره باليوم.
«مختار الصحاح» ص٦٦٢، و«المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٦٧. مادة (ويم).

وليس في عيالهما فخرجا من المنزلِ وتركا المنزلَ على الأبن لا يضمنان، وهٰذا دليلٌ علىٰ أنَّ العبرةَ للمساكنة وإنْ لم تجر عليه النفقةُ، وذلك لأنه التزم حفظها بمثل ما يحفظ به مالَه وذلك بيده وحرزه، أما الحرزُ فالدارُ والمنزلُ والحانوتُ[(١)] ملكًا كان أو مستأجرًا أو مستعارًا، وأمَّا اليدُ فيدُه ويدُ زوجتِهِ و(يدُ)[(٢)] أمتِه وعبدِه وأجيرِه الخاص وولدِه الكبير إذا كان في العيال، ولأنَّ المودعَ راضٍ بذلك لأنه يعلمُ أنَّ استصحابَ الوديعةِ معه دائمًا مع الاشتغال بحوائجِهِ والخروجِ لمعاشهِ وأداءِ فرائضه غيرُ متيسرٍ، فلا بدَّ من الترك في منزله عند من هو في عياله، فكان ضروريًّا، ولهٰذا لو نهاه عن ذلك لا يعتبر نهيه[(٣)]، واعتبار المساكنة والنفقة من الزوائد.

قال: (فإن حفظها بغيرِهم ضمن /١٧أ/ إلَّا لخوفِ غرقٍ أو حرقٍ).

أما أنَّ الحفظ بغير من في العيال موجبٌ للضمانِ إذا تلف فلأن ربَّ المالِ لم يرضَ بحفظ غيره، إذ الناسُ يتفاوتون في (الأمانات)[(٤)]، وأمَّا الاستثناءُ فإذا وقع في داره حريقٌ أو كان في سفينةٍ فخاف الغرقَ فسلَّم الوديعةَ إلىٰ جاره أو سفينةٍ أخرىٰ لم يضمن؛ لأنه تعيَّن ذلك طريقًا إلى الحفظِ في مثل هٰذِه الحالة فيكون مَرْضيًا للمالكِ ولا يقبل منه (ذلك)[(٥)]

---

(١) الحانوت: دكان البائع، والحانة البيت الذي يباع فيه الخمر.
«مختار الصحاح» ص١٥٨. مادة (حين)، و«المصباح المنير» ص٩٧. مادة (حانوت).

(٢) من (ب).

(٣) «المبسوط» ١١/ ١٠٩-١١٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٧-٣٢٨، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٤.

(٤) في (ب): (الأمانة).

(٥) من (ب).

إلَّا ببينةٍ؛ لأنه يدعي وجودَ ضرورةٍ (مسقطةٍ)[١] للضمان بعد تحقق السببِ فصار كدعوى الإذنِ في الإيداع، روي ذلك عن أبي يوسف[٢] رحمه الله.

قال: (وإن نهاه عن التسليم إلىٰ واحد منهم ولا بدَّ له منه لم يعتبر).

هكذا ذكره في «الجامع الصغير»[٣] وإطلاقُ القدوريّ[٤] محمولٌ عليه ومقيدٌ به، وهٰذا كما إذا أودعه دابةً فسلَّمها إلىٰ غلامِه وقد نهاه عن التسليم إليه وكذا إذا كانت الوديعة ممَّا يحفظها النساء فنهاه عن التسليم إلىٰ (امرأته)[٥] فخالفَ لم يضمن؛ لأنه لا يمكنه إقامةُ العملِ مع مراعاةِ هٰذا الشرطِ، فلم يكن نهيُه مقيدًا فيلغو، وإنْ كان له منه بد ضمن؛ لأن الشرطَ مفيد فإنَّ من العيالِ من لا يُؤتَمنُ على المال وقد أمكن العملُ مع اعتبار الشرط فيعتبر[٦]، وقد قيدتُ هاهنا ما أطلقه القدوريُّ[٧] تحصيلًا لفائدةِ التقييد وهو من الزوائد.

قال: (أو أمره بالحفظ في بيتٍ من داره فحفظ في بيتٍ آخرَ منها مساويةٍ لم يضمن بخلاف المخالفة في الدار).

---

(١) في (ب): (مسقط).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٦-١٩٧، و«المبسوط» ١١/ ١٠٩، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٣٢، و«فتح القدير» ٨/ ٤٨٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٣-٢٧٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٢.

(٣) ص٤٣٠-٤٣١.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٩٦-١٩٧.

(٥) في (ب): (امرأة).

(٦) «مختصر الطحاوىٰ»/ ١٦٤، و«المبسوط» ١١/ ١٠٩، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠

(٧) الكتاب ٢/ ١٩٦-١٩٧ .

أما الأولُ فلأن الشرطَ غيرُ مفيدٍ لأن البيتين في دارٍ واحدةٍ لا يتفاوتان في الحرزِ، (وأمَّا الثاني وهو ٱختلافُ الدار فالشرطُ مفيدٌ لأنهما يتفاوتان في الحرزِ)(١) ولو كان التفاوتُ بين البيتين ظاهرًا بأنْ كانت الدارُ التي فيها البيتان عظيمةً، وكان البيتُ المنهيُّ عن الحفظِ فيه مشتملًا علىٰ عورةٍ ظاهرةٍ فإن الشرطَ يصحُّ وينزل ذلك منزلةَ دارين، ولهٰذا شرط في المتن وزاد لفظَ المساواةِ بينهما(٢).

قال: (فإن خلطها بجنسها حتىٰ لا تتميزَ فهو ضامنٌ وقالا: يشاركه إن شاء).

الخلط علىٰ وجوهٍ أربعة:

أحدها: خلطُ الجنسِ بالجنسِ كالحنطةِ بالحنطةِ والشعيرِ بالشعيرِ والدراهمِ البيضِ بالبيضِ والسودِ بالسودِ(٣).

والثاني: خلطُ الجنسِ بغيره كالحنطةِ بالشعيرِ والخلِّ بالزيتِ ونحو ذلك(٤).

والثالثُ: خلطُ (المائعِ بجنسهِ(٥).

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٦-١٩٧، و«المبسوط» ١١/ ١٢١، و«الهداية» ٣/ ٢٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٣٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧٢.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٦-١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠-٢٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٦.

(٤) «الكتاب» ٢/ ١٩٧، و«المبسوط» ١١/ ١١٠-١١١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠-٢٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٦.

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠-٢٤١، و«الاختيار» ٣/ ٣٢-٣٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٦.

والرابعُ: خلطُ المائع)[١] بغير جنسه.

فعند أبي حنيفة[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الخلطُ ٱستهلاكٌ في الوجوه كلِّها فيضمنها وينقطعُ حقُّ المودعِ عنها. وعندهما[٣]: الحكمُ كذلك في الوجه الثاني؛ لكونه ٱستهلاكًا صورةً ومعنىٰ. وعندهما[٣]: في الوجهِ الأولِ وهو المذكورُ في المتن إنْ شاء شركَه فيه وإنْ شاء ضمنه؛ لأنه إنْ ٱمتنع وصولُه إلىٰ عين حقِّه صورة فقد أمكنه ذلك معنىٰ بواسطةِ القسمةِ فلم يكن ٱستهلاكًا من كلِّ وجهٍ فيتخيرُ.

وله[٣]: أنه ٱستهلاكٌ من كلِّ وجهٍ لتعذرِ الوصولِ إلىٰ عين حقِّه والقسمةُ تثبتُ بعد ثبوتِ الشركةِ فلا يصلح موجبه لها.

وأما الوجهُ الثالثُ فعند أبي يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بجعلُ الأقلَّ تبعًا للأكثر ٱعتبارًا للغالب، وعند محمد[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو شركةٌ بكل حالٍ ولو أذاب الدراهمَ والدنانيرَ وخلطها (فهي)[٤] من (الوجهِ)[٥] الثالثِ؛ لأنه صار مائعًا بالإذابةِ، ولو أبرأ المودعُ الخالطَ برئ عن الضمان مطلقًا عند أبي حنيفةَ[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ حقَّه في (الدين) وقد سقط بالإبراءِ، وعندهما[٣] يسقطُ ٱختيارُ الضمانِ بالإبراء فتتعين الشركةُ في المخلوط. وأما الوجهُ الرابع فيوجب ٱنقطاعَ حقِّ المالك إلى الضمان بالإجماع لكونه ٱستهلاكًا

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠-٢٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٦.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠-٢٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦.

(٤) في (ب): (فهو).

(٥) في (ب): (الوجوه).

من كلٍّ وجهٍ لتعذر (التمييز)[١] باعتبار ٱختلاف الجنس.

قال صاحبُ «الهداية»[٢]: ومن هٰذا القبيل خلط الحنطة بالشعيرِ في الصحيح؛ لأنَّ أحدَهما لا يخلو من حباتِ الآخرِ فتعذَّرَ التمييزُ والقسمةُ[٣].

قال: (وإن ٱختلطت بغير صنعةٍ كان شريكًا).

هٰذا بالاتفاق، لأنه لا صُنْعَ له فيه فلم يكن متعديًا فانتفىٰ سببُ الضمان[٤].

قال: (وإن أنفق بعضَها وردَّ مثلَه فخلطه بالباقي ضمن الجميعَ أو رفع بعضَها فأنفقه ثم هلك الباقي ضمنوه بقدره).

أما المسألةُ الأولىٰ: فلأنه (استهلك)[٥] الوديعةَ بخلط مالهِ بمالِ غيره علىٰ ما قدَّمناه[٦].

وأما الثانيةُ: فقال ابن حبيب[٧]:

---

(١) في (ب): (القسمة).

(٢) ٣/ ٢٤١.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٧، و«المبسوط» ١١/ ١١٠، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠-٢٤١، و«الاختيار» ٣/ ٣٢-٣٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٩.

(٤) «المبسوط» ١١/ ١١٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٦.

(٥) في (ب): (استهلاك).

(٦) «الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١١١، و«الهداية» ٣/ ٢٤١، و«الاختيار» ٣/ ٣٣، و«فتح القدير» ٨/ ٤٨٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٥-٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٩.

(٧) هو الإمام العلَّامة، فقيه الأندلس، أبو مروان، عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جاهمة الصحابي عبَّاس بن مرداس، السُّلمي العباسي الأندلسي القرطبي المالكي، أحدَ الأعلام. ولد في حياة الإمام مالك بعد السبعين ومائة.

قال عبد الملك (بن ماجشون)[1] من أصحاب مالك: إنْ كانت مختومةً لم يبرأ إلَّا بردِّها إلىٰ رِّبها وإنْ أتلف بعضها ضمن (جميعهَا)[2]؛ لأنه متعدٍ في حلها، ذكره في «الجواهر»[3] وقال في «المعونة»[4] عن عبد الملك فيما إذا أنفق بعضَها وردَّ مثلَه أنه يضمن الجميعَ؛ لأنه قد خرج عن الأمانةِ وصار متعديًا بأخذها، وردُّه إياها لا يُزيل عنه الضمانُ كما لو جحدها ثم اعترف (و)[5] مشهورِ المذهب أنه لا يضمنُ إلَّا بقدر ما أنفق لأنَّ الذي أوجبَ عليه الضمان تعديه بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدي فسقط الضمانُ[6].

قال: (أو أودعها عند آخرَ فالأولُ ضامن وخيراه).

إذا أودع المودعُ الوديعةَ عند آخرَ قال أبو حنيفة[7] رحمه الله الأول هو الضامنُ.

كان كثير التصنيف له من الكتب «الواضحة» في عدة مجلدت، وكتاب «الجامع»، وكتاب «فضائل الصحابة»، وكتاب «غريب الحديث»، وكتاب «تفسير الموطأ» وغيرها كثير. مات عبد الملك بن حبيب يوم السبت لأربع مضين من رمضان سنة ثمان وثلاثين بعلَّة الحصىٰ، رحمه الله، ونقل آخر أنه مات في ذي الحجة سنة تسع وثلاثين.

انظر ترجمته في: «سير أعلام النبلاء» ١٢/ ١٠٢-١٠٧ (٣٢)، و«تذكرة الحفاظ» ٢/ ٥٣٧، ٥٣٨ (٥٥٤)، و«مرآة الجنان» ٢/ ١٢٢، و«شذرات الذهب» ٢/ ٩٠.

(١) في (ب): (الماجشون).
(٢) في (ب): (جميعًا).
(٣) «عقد الجواهر الثمينة» ٢/ ٧٢٤.
(٤) «المعونة» ٢/ ١٢٠٦.
(٥) في (ب): (في).
(٦) «الكتاب» ٢/١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١١١، و«الهداية» ٣/ ٢٤١، و«الاختيار» ٣/ ٣٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٥-٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٩.
(٧) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤-١٦٥، و«المبسوط» ١١/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٨.

وقالا[١]: يتخير المالكُ في تضمين من شاء منهما /٧ب/ لأن الأولَ ضامنٌ بدفعه إلى الثاني، والثاني ضامنٌ بقبضه وكلٌّ من ذينك الأمرين يُصرفُ في الوديعة بغير إذن المالكِ فيضمنان كمودعِ الغاصب، فإن ضمنَ الأولُ لم يرجعْ وإن ضمن الثاني رجع على الأولِ؛ لكونه عاملًا له.

وله أنَّ الأولَ لا يضمن بمجرد الدفع ما دامت الوديعةُ بحضرته؛ لإمكان الحفظ بنفسه فإذا ٱفترقا ضمن بتركِ الحفظ الملتزم والثاني آخذٌ للمال من يدِ أمينٍ وقد هلك في يده بغير صنعةٍ فلم يضمن كالقصَّارِ إذا دفع الثوبَ إلىٰ أجيرهِ فتخرق بدقه ضمن القصَّارُ دون الأجير[٢].

قال: (أو طولب بها فحبسها ضمن).

صاحبُ الوديعةِ إذا طالب المودع بها (فحبسه)[٣] عنها وهو يقدر علىٰ تسليمها إليه ضمنها؛ لأنَّ الردَّ واجبٌ على المودع بقوله تعالىٰ: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] (وقوله)[٤] ﷺ: «**أدِّ الأمانةَ إلىٰ من ٱئتمَنك**»[٥] (فإذا)[٦] طالبه بالوديعة فقد عزله عن الحفظ فإذا حبسها فقد

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤-١٦٥، و«المبسوط» ١١/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٨.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١١٣-١١٤، و«الهداية» ٣/ ٢٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٤، و«الاختيار» ٣/ ٣٣، و«فتح القدير» ٨/ ٤٩٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧٢.

(٣) في (ب): (بحبسه).

(٤) في (ب): (بقوله).

(٥) رواه أبو داود (٣٥٣٥)، والترمذي (١٢٦٤) وقال: هٰذا حديث حسن غريب، وصححه الألباني برقم (٤٢٣).

(٦) في (ب): (فلما).

أمسك مالَ غيره (بغيرِ إذنه فيلزمه)[١] الضمانَ[٢].

قال: (أو تعدىٰ ثم أزاله نزيلُ الضمانَ).

إذا تعدى المودِعُ في الوديعةِ بأنْ كانت دابةً فركبها أو ثوبًا فلبسه أو عبدًا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي وردَّه إلىٰ يده زال الضمانُ عندنا[٣]، وقال الشافعيُّ[٤] رحمه الله: لا يزولُ؛ لأنه لما ضُمِنَ بالتعدي أنْ يقع حكمُ العقدِ لوجودِ المنافي فلا يبرأُ إلَّا بالردِّ على المالك.

ولنا[٥]: أنَّ الأمرَ بالحفظ باقٍ، لإطلاقه، وإنمَّا ٱرتفع حكمُ العقد لوجودِ التعّدي، فإذا ٱرتفع عاد حكمُ العقد لقيام الأمرِ كما إذا ٱستأجره للحفظِ شهرًا وترك الحفظَ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الردُّ إلىٰ نائب المالكِ[٥].

قال: (أو جحد ثم ٱعترف لم يزل المودعُ).

إذا طولب بالوديعةِ فجحد ضمنها؛ لأنه لما طالبه عزله عن الحفظ فصار بالإمساك غاصبًا مانعًا فيضمن، فإنْ عاد إلى الٱعتراف لم يبرأ من الضمان؛ لارتفاع حكمِ العقدِ إذ المطالبةُ دفعٌ من جهة المالك والجحودُ

---

(١) في (ب): (بإذنه فلزمه).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«الهداية» ٣/ ٢٤٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧١.

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٤، و«الهداية» ٣/ ٣٤١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٣، و«الاختيار» ٣/ ٣٣.

(٤) «الوجيز» ١/ ٢٨٥، و«حلية العلماء» ٥/ ١٨٤-١٨٥، و«التنبيه» ص١١١، و«روضة الطالبين» ٥/ ٢٩٧، و«غاية البيان» ص٢٣٧.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٤، و«فتح القدير» ٨/ ٤٨٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٥-٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٦٩.

فسخٌ من جهة المودعِ كجحود الوكيل الوكالة وأخذ (المتعاقدين)[1] البيع فتم ٱرتفاعُ حكم العقد فلا يعود[2].

قال: (ومنعنا الضمانَ بالجحود في غيبةِ المودعِ).

رجلٌ سأل المودعَ فقال: (ما حالُ)[3] وديعةِ فلان عندك، فجحدها، لم يضمن عندنا[4].

وقال زفر[4] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يضمن؛ لأنه بالجحود فوَّت يد المالك الثابتةَ على المال حكمًا فيضمن إذا هلك كالغاصب، وبيانهُ أنَّ يدَ المودعِ على المال حقيقةً وإنما تكون يدُه يدَ المالك حكمًا باعترافه فبالجحودِ يرتفعُ.

ولنا[4]: أنَّ المالكَ لم يعزله عن الحفظ صريحًا وأنه ظاهرٌ ولا دلالة لعدم المطالبةِ (بالردِّ)[5] فيكون عقدُ الإيداعِ باقيًا فتكون يدُه الحكميةُ قائمةً، ولأن الجحودَ قد يكونُ من الحفظ عند غيبةِ المالك صونًا لها عن طمعِ طامعٍ فلا يكونُ موجبًا للضمان[6].

---

(١) في (ب): (العاقدين).

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١٢٨، و«الهداية» ٣/ ٢٤١-٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٣، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٢ «درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧١.

(٣) في (ب): (مال).

(٤) «المبسوط» ١١/ ١١٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٣.

(٥) من (ب).

(٦) «المبسوط» ١١/ ١١٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧١.

قال: (ولو تصرف فيها فربح يطيبه له وأمراه بالتصدقِّ به).

لأبي يوسف[(١)] رحمه الله أنه ضمن الوديعةَ بالتصرفِ فكان هٰذا ربحًا عمَّا ضمن والمنهيُّ عنه ربحُ مالم يضمن، فيكونُ هٰذا طيبًا له؛ لأنه ملكه.

ولهما[(١)]: أنَّ عدم الملْكِ في إفادة الحنثِ فوق عدم الضمانِ وهاهنا عدم المِلْك فبالأولىٰ أن (يضمنه)[(٢)] مع التصدق بالربحِ الحاصلِ من مِلْكِ غيره، وهٰذا لأنَّ الحنَثَ (ثابتٌ)[(٣)] عند عدم الضمانِ فيما اكتسبه بالمبيع قبل القبض؛ لأنه لم يكن في ضمانه حال الاكتساب مع قيام الملك، والطيبُ يحصل بالملكِ والضمانِ جميعًا وينتفي بانتفائهما، وعدمُ ضمان الأصل (يستلزمُ)[(٤)] الحنَثَ في الربح، فعدمُ مِلْكِ الأصل أولىٰ؛ لأنه إذا كان في ضمانِ غيرهِ جاز أنْ يصير مِلْكُه بأداء الضمان مستندًا إلىٰ وقت وجوبه؛ فيكون ملكه منتفيًا، فيكون الربحُ حاصلًا له من مِلكِ غيرهِ من وجهٍ وقد وجب التصدق به، فلأن يجب من (ربحٍ)[(٥)] حاصلٍ من ملكِ غيره من كلِّ وجه أولىٰ[(٦)].

قال: (ولا نمنعه من السفر بها فله ذلك مع (الأمن)[(٧)] وعدم النهي، وقالا: إنْ لم يمكنْ لها حملٌ ومؤنةٌ).

---

(١) «المبسوط» ١١/ ١١١، و«الهداية» ٤/ ٣٣٨، و«الاختيار» ٣/ ٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٤، و«البحر الرائق» ٨/ ١٢٩.

(٢) في (ب): (يلزمه).

(٣) في (ب): (ظاهر).

(٤) في (ب): (استلزم).

(٥) في (ب): (من الربح).

(٦) «المبسوط» ١١/ ١١١، و«الهداية» ٤/ ٣٣٨، و«الاختيار» ٣/ ٧٦، و«درر الحكام» ٢/ ٢٦٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٧.

(٧) في (ب): (الأمر).

مذهب الشافعي[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ المودعَ ليس له أنْ يسافرَ بالوديعةِ؛ لأن ربَّ المال وإنْ أطلقَ الحفظَ فالعرفُ يقيدُه بالمتعارفِ وهو الحفظُ في المصرِ، وصار كما (لو)[٢] آستحفظه بأجرٍ، ومذهبُهما[٣] جوازُ ذلك إنْ لم يكن للوديعةِ حملٌ ومؤنةٌ والمنعُ إن كان لها حملٌ ومؤنةٌ لهما أنه حصل النهيُ عن السفر دلالةً؛ لأن المالكَ يلزمه أجرةُ ردِّ الوديعةِ ولم يلتزمها، والظاهرُ عدمُ الرضا بها، فكان الظاهرُ نهيُه عن ذلك لئلا يلزمَه مالم يلتزم فكان ذلك بمنزلة النهي صريحًا بخلاف ما إذا لم يكن لها حمل ولا مؤنة؛ لانتفاء النهي صريحًا (ودلالة)[٤] ووجودُ الأمر بالحفظِ مطلقًا.

ومذهبُ أبي حنيفة[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ جواز السفر إلَّا أن ينهاه صريحًا أو يكون الطريقُ مخوفًا؛ لأنه أتىٰ بما أمر به وهو الحفظ مطلقًا وإذا أراد السفر لا يمكنه حفظها إلَّا بالسفر /٨أ/ فكان مأذونًا له فيه وهٰذا لأن مطلقَ الحفظِ (مشترك بين الحفظ)[٦] مع السفرِ وبين الحفظ لامع السفرِ ولا يتحققُ مطلقُ الحفظِ إلَّا في ضمن أحدِ هذين (الحفظين)[٧] الخاصين

---

(١) «الأم» ٤/ ١٣٦، و«الوجيز» ١/ ٢٨٥، و«حلية العلماء» ٥/ ١٧١، و«روضة الطالبين» ٥/ ٢٩٠-٢٩٢، و«غاية البيان» ص٢٣٧.

(٢) في (ب): (إذا).

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩-٣٣٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٤، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧١.

(٤) في (ب): (ولا دلالة).

(٥) «الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩-٣٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٤.

(٦) ساقط من (ب).

(٧) في (ب): (الحاصلين).

إذ مطلقُ الحفظِ جزءٌ منهما فكان الأمرُ بالمطلق أمرًا بتحصيله من أي هذين أنفق بالضرورةِ وإذا كان مأمورًا به فلزوم الأجرةِ مرضيٌّ به ضرورة (امتثالِ)[1] أمرِه أو لأن العرفَ (فيه)[2] مشتركٌ فقد يرضىٰ به تحصيلًا لحفظِ هٰذا المودعِ ماله فلم يكن مفيدًا، وأما العرفُ فهو كونُهم في المصرِ لا الحفظ في المصر فإنَّ الحفظَ لا يقتصرُ على المصرِ[3] بخلاف الأستحفاظ بأجر؛ لأنه عقد معاوضةٍ فاقتضى التسليم في مكان العقد، بخلاف ما إذا نهاه عن السفر فسافر فإنه يضمنُ؛ لأن النهيَ مفيدٌ إذ الحفظُ في المصر الحمل منه في المفازة[4]، وبخلاف ما إذا كان الطريقُ مخوفًا لقيام النهي دلالة[5].

قال: (ولو أودعاه مكيلًا أو موزونًا وغاب واحدٌ وطلب الآخرُ نصيبَه فدفع إليه فهو ضامنٌ).

رجلان أودعا ما (يكالُ)[6] أو يوزنُ عند رجل ثم غاب أحدُهما وحضر الآخرُ يطلبُ نصيبَه.

---

(١) في (ب): (اعتبار).

(٢) من (ب).

(٣) المصر: مفرد أمصار، وهو كل بلد محدود، وفي عرف الحنفية: ما لا يسع أكبر مساجده أهله.
«المصباح المنير» ص٣٤١، و«للتوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٦٥٩. مادة (مصر).

(٤) المفازة: المهلكة من فوز تفويزًا أي هلك، وقيل: سميت بذلك تفاولًا بالسلامة والفوز.
«مختار الصحاح» ص٤٦٠ مادة (فوز)، معجم لغة الفقهاء ص٤١٥، مادة (مفازة).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١٢٢، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٤، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٧.

(٦) في (ب): (مالا ما يكال).

قال أبو حنيفة[١] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يدفعُ إليه شيئًا وإن دفع ضمن، وقالا[٢]: يدفعُ إليه نصيبَه، لهما أنَّ الحاضرُ أودعه نصفَ الوديعةِ وله حقُّ الاسترداد فيلزمه الدفعُ إليه كما في الدين المشترك؛ ولأنه تملكُ أخذه بنفسهِ بالإجماع وأنه يطلب (التمكنَ)[٣] (مما له)[٤] فلا يكونُ له حقُّ المنع منه.

وله[٢]: أنَّ الحاضرَ يطلب نصيبَ الغائبِ؛ لأنه يطالبه بالنصفِ مفرزًا (مقسومًا)[٥] ونصيبه في المشاع والمفرزِ مشتملٌ على الحقين ولا يتميز حقُّه إلَّا بالقسمة، وليس للمودع ولايةُ القسمة إجماعًا[٦]، ألا ترىٰ أنه لو قسَّمَ وسلَّمَ وهلك النصفُ الباقي فحضر الغائبُ كان له أنْ (يشارك)[٧] الحاضر فيما أخذه فإذا تعذَّرَ دفع النصفَ مشاعًا ولا قدرةَ له على القسمة فامتنع التسليمُ بخلاف الدين المشترك؛ لأنه يطالبه بتسليمِ حقِّه إذ الديونُ تقضىٰ بأمثالهِا لا بأعيانها، وأمَّا القبضُ فإنما ساغ له لقيام المِلْكِ له في النصفِ الشائعِ، والملكُ إذا ثبتَ في المحلِّ شائعًا وهو غيرُ متفاوتٍ

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٨، و«المبسوط» ١١/ ١٢٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩-٣٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٩، و«المبسوط» ١١/ ١٢٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٧، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٤.

(٣) في (ب): (التمكين).

(٤) في (ب): (من ماله).

(٥) في (ب): (مقومًا).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٩، و«المبسوط» ١١/ ١٢٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩-٣٣٠، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٧.

(٧) في (ب): (يشاركه).

ثبتَ حقُّ القبضِ بحكم المِلْكِ، كما أنَّ له مطالبةَ الشريكِ بالقسمةِ لقيام المِلْكِ فصحَّ القبضُ، أما الدفعُ فإنه يستلزمُ القسمةَ وليس للمودعِ ولايةُ القسمةِ فلم يكن إجبارُه علىٰ ذلك، ونظيرُ هٰذا إذا كانت له ألفُ درهم عند (إنسان)[1] وديعةً وعليه ألفٌ لغيره فلغريمه أنْ يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أنْ يدفعَ الألفَ إليه[2].

قال: (أو أودعهما ما يقسم فاقتسماه ودفع أحدُها قسمه إلىٰ شريكه فهو ضامنٌ وإن كان لا يُقسَّمُ جاز حفظُ أحدِهما بإذن الآخر).

رجلٌ أودع شيئًا مما يُقسَّمُ عند رجلين.

قال أبو حنيفة[3] رَحِمَهُ اللهُ: يجبُ عليهما (اقتسامه)[4] فيحفظ كلٌّ واحد منهما (نصيبَه)[5] ولا يجوزُ لأحدِهما أنْ يدفعَ إلى الآخر نصيبَه (فإن)[6] دفع إليه فهلك عنده فالأولُ ضامنٌ دون الثاني، (وإن)[7] كان مما لا يُقسَّمُ جاز لأحدِهما أنْ يحفظ الكلَّ بإذن صاحبِه.

---

(١) في (ب): (إتيان).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٦٤، و«الكتاب» ٢/ ١٩٩، و«المبسوط» ١١/ ١٢٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩-٣٣٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٤، و«الهداية» ٣/ ٢٤٢، و«الاختيار» ٣/ ٣٤، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٧، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧١ .

(٣) «الكتاب» ٢/ ١٩٩، و«المبسوط» ١١/ ١٢٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٤٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧١.

(٤) غير واضحة في الأصل والمثبت من (ب).

(٥) في (ب): (نصفه).

(٦) في (ب): (فإذا).

(٧) في (ب): (وإذا).

وقالا[١]: يجوزُ ذلك في الوجهين، وهكذا الكلامُ في المرتِهَنْينَ والوكيْلَيْنِ بالشراء إذا أسلم أحدُهما إلى الآخر.

لهما[١]: أنه لما رضي بأمانتِهما وهو يعلم أنَّ اجتماعَهما عليه دائمًا غيرُ ممكنٍ كان راضيًا بالقسمةِ عينًا وبالقسمةِ زمانًا بالمهايأةِ فيحفظُ هٰذا زمانًا. وهٰذا زمانًا.

وله[١]: أنه أمَرهما جميعًا بحفظه، فإمَّا أن يجتمعا عليه وإما أنْ يتهايا أو يقتسماه، والأولُ غيُر مرادٍ للضرورة وتعيَّن الثاني فيما لا يقسَّمُ لرضاه بذلك دلالةً، وتعين الثالثِ فيما يقسَّمُ؛ لأنهما بالقسمةِ يكونان حافظين للوديعة في كلِّ الأزمان بخلاف المهايأةِ، ولأن الفعلَ إذا أُضيف إلىٰ ما يقبل التجزؤ تناول البعض دون الكلِّ فصار كأنه قسَّمها بينهما نصفين، فوقع التسليمُ إلى الآخر من غير رضا المالكِ فيضمنُ الدافع دون القابض؛ لأن مودع المودع لا يضمن عنده[٢].

قال: (ويضمنُ الصبيُّ والعبدُ المودعين ما أتلفاه للحالِ وقالا: يضمنُ العبدُ وحدَه بعد العتقِ).

رجلٌ أودع شيئًا عند صبيٍّ محجورٍ أو عبدٍ محجورٍ فأتلفه، قال أبو حنيفة[٣] ومحمدٌ[٣] رحمهما الله: لا ضمانَ على الصبيِّ أصلًا

---

(١) «الكتاب» ٢/ ١٩٩، و«المبسوط» ١١/ ١٢٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٩، و«الهداية» ٣/ ٢٤٣.

(٢) «الكتاب» ٢/ ١٩٩، و«المبسوط» ١١/ ١٢٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٣٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٧، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٧٨-٢٧٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧٢، ٨/ ٣٦٣ .

(٣) «المبسوط» ١١/ ١١٨-١٢٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٦-٣٢٧، و«وسائل الأسلاف» ص٣٩٥-٣٩٧، و«حاشية ابن عابدين» ٨/ ٣٣٣.

ولا على العبد ما دام عبدًا، فإذا عُتقَ ضمن وقال أبو يوسف[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يضمنان لأنهما أتلفا مالَ غيرِهما فيضمنان سواء صحت الوديعةُ أو لم تصحْ؛ لأنها إنْ صحتْ فقد ٱستهلكاها وإنْ لم تصحْ فقد أتلفا مالَ الغيرِ، والإتلافُ سببٌ للضمان في الحال.

ولهما: أنه يوجد المقتضي للرضا بالإتلافِ، والمانعُ لا يصلحُ معارضًا فانتفى الضمانُ، أمَّا وجودُ المقتضي للرضا؛ فلأنه مكَّنَ المودعَ من إتلافِ ماله بإثبات يده عليه حقيقةً؛ إذ الإتلافُ مستلزمٌ لعدم وجود اليدِ، وهٰذا دليلُ الرضا به والمانع وهو الاستحفاظُ لم يصحْ؛ لأن ٱستحفاظَ الصبيِّ والعبدِ المحجورين ٱستحفاظُ من ليس بأهلٍ (لالتزام)[(٢)] الحفظ، أما الصبيُّ فالحجرُ لمعنىً في ذاته فلم يصح التزامه (بالضمان)[(٣)] أصلًا، وأمَّا العبدُ وإن صحَّ /٨ب/ التزامُه لكونه مكلفًا، لكن لا يصح في حق المولىٰ فلم يصح التزامُه بالضمان للحال نظرًا للمولىٰ وصحَّ بعد العتقِ لصحةِ التزامهِ (باعتبار نفسه)[(٤)] في حقِّ نفسه بخلاف الحرِّ المكلَّفِ؛ لأن الاستحافظَ صحيحٌ والتزامُ الحفظِ صحيحٌ فعارض دليلُ الرضا بالإتلاف فلم يترتب عليه موجبه[(٥)].

---

(١) «المبسوط» ١١/١١٨-١٢٠، و«الهداية» ٤/٥٦٣-٥٦٤، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٢٦-٣٢٧، و«وسائل الأسلاف» ص٣٩٥-٣٩٧، و«حاشية ابن عابدين» ٨/ ٣٣٣.

(٢) في (ب): (لاستلزام).

(٣) من (ب).

(٤) ساقط من (ب).

(٥) «المبسوط» ١١/١١٨-١٢٠، و«الهداية» ٤/٥٦٣، و«درر الحكام» ٢/٢٤٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٧٥-٣٧٦، و«حاشية ابن عابدين» ٨/ ٣٣٣.

قال: (ولو دفع العبدُ الوديعةَ إلىٰ مثلهِ فهلكتْ فللمالكِ أنْ يضمن الأولَ بعد العتقِ فقط ويخيره في أيهما شاء (للحال)[1] ووافق الأول في الأول وألزم الثاني في الحال وقيل: بعد العتق).

رجلٌ أودع عبدًا محجورًا وديعةً فأودعه عند عبدٍ آخر محجورٍ.

قال أبو حنيفة[2] رَحِمَهُ اللَّهُ: الضمانُ على العبدِ الأول وليس على العبدِ الثاني ضمانٌ، ووجهُه أنَّ المودعَ المحجورَ لا يضمن بالإتلافِ في الحال إذا كان عبدًا، وإنما يضمنُ بعد العتق؛ لما تقرر في المسألة السابقةِ، والثاني مودعُ المودعِ ولا ضمانَ عليه عنده حتىٰ يتعدىٰ ولم توجد منه الجنايةُ ولا التعدي فانتفىٰ سببَ الضمانِ.

وذكر في «المختلف»[3] أنَّ له (أن)[4] يضمنَ الثاني للحال؛ لأنه لم يسلطْه المالكُ ولم يرض بقبضِه فصار ضامنًا بفعله و(أنه)[5] يُؤاخذُ به للحال، ولكنَّ الصحيحَ ما ذكر في غيره من الكتب لأنه مودعُ المودعِ علىٰ ما بينا والمذهبُ يأبىٰ تضمينه إذا لم تصدر منه جنايةٌ فلذلك قلتُ في الكتاب فقط، أي: ليس على الثاني ضمانٌ.

وقال أبو يوسف[6] رَحِمَهُ اللَّهُ: له تضمينُ أيهما شاء للحال؛ لأن مودعَ

---

(١) في (ب): (في الحال).

(٢) «الجامع الكبير» ص٢٣٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٤٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٨.

(٣) ٣/ ١٣٤٤. (٤) في (ب): (ضمان). (٥) في (ب): (إنمَّا).

(٦) «الجامع الكبير» ص٢٣٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٤٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٨.

المودعِ يضمن عنده وكذا المودعُ المحجورُ يضمن بالإتلاف في الحال والدفعُ منه إلى الثاني إتلافٌ، أو لأنه لما لم يصح قبولُ الأول عنده فكأنه أخذ الوديعةَ من غير إيداع؛ ولأنه ضامنٌ للحفظ بعقده، وضمانُ العقد لا يلزمه فبقي ضمانُ التسليم وهو مؤاخذ به في الحال؛ لأنه ضمان فعل، وأمَّا الثاني فإنه قابضٌ مالَ غيرهِ بغير إذنه فكان ضمانُهُ ضمان فعلٍ فيضمن في الحال.

وقال محمدٌ[١]: لا يضمن الأولُ حتىٰ يعتقَ كما قال أبو حنيفة رحمه الله، وأمَّا الثاني فالحكمُ في المنظومةِ[٢] أنه لا يضمنُ أيضًا إلَّا بعد العتقِ، ووجهُه ما ذكر في «المختلف»[٣] أنه لو ضمنه في الحال يرجُع به على الأولِ؛ لأنه ٱستعمله وذلك يستلزمُ تضمينَ المودعِ المحجورِ قبل العتقِ وهو لا يقولُ به.

والمذكورُ في «التقريب» و«شرح مختلف الفقيه»[٤] أنَّ له تضمينَ الثاني في الحال عنده، أما الأولُ فلأن الضمانَ ضمانُ (عبدٍ)[٥] فلا يلزمُ إلَّا بعد العتق، وأمَّا الثاني فلأنه قبضَ مِلْكَ غيرِه بغير إذنه فصار ضمان فعل فلزمه للحال، وهٰذا الٱختلافُ محمولٌ على ٱختلاف الرواية طلبًا للتوفيق فنقلتهما في المتن[٦].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «المنظومة» لوحة (٨٣).

(٣) ٣/ ١٣٤٤.

(٤) ينظر: «مختلف الرواية» ٣/ ١٣٤٤.

(٥) في (ب): (عقد).

(٦) «المنظومة» لوحة (٨٣)، و«الهداية» ٤/ ٥٦٣، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٤، ٢٤٨.

قال: (أو عند ثالثٌ مثلهما فالأولُ كالأولِ والثاني ضامنٌ للحال فقط ونخيره في (أيهم)[١] شاء ووافق الأول في الأول وخُيِّر في (الآخرين)[٢]).

فلو أودعَ العبدُ الثاني تلك الوديعةَ والصورةَ بحالها عند ثالثٍ محجورٍ (عليه قال أبو حنيفة[٣][٤] رحمه الله: لا يضمن الأول إلَّا بعد العتقِ ويضمن الثاني للحال دون الثالث وهٰذا معنىٰ قولنا: فالأولُ كالأول، أي: فحكم العبدِ الأولِ في هٰذِه المسألةِ كحكم العبدِ (الأول في المسألةِ)[٥] الأولىٰ، أمَّا الثالثُ فإنه مودعُ مودعِ المودعِ ولا فعلَ له فيه فلا ضمان عليه، وأمَّا الأولُ فلما مرَّ، وأما الثاني فلأنه وإن كان مودعَ المودعِ إلَّا أنه فرط بالتسليم إلى الثالث فيضمنُ للحال.

وقال أبو يوسف[٦]: له أن يضمنَ في الحال أيهم شاء كما يقتضيه أصل مذهبِهِ؛ لأن الأولَ سلَّم مالَ غيرِه بغير إذنه، وضمانُه ضمانُ التسليم لما مرَّ، وكذلك الثاني، والثالث قبضَ مال غيرهِ بغير إذنه فكان ضمانَ فعل فله أن يأخذَ (به أيهُم شاء للحال.

وقال محمدٌ[٤] رحمه الله: يضمن الأولَ بعد العتق)[٧]؛ لأنه ضامنٌ للحفظ بالعبدِ، ولا يلزمه في الحال فتأخر إلىٰ زمانِ العتق وهو بالخيار في الآخرين

---

(١) في (ب): (أيهما).
(٢) في (ب): (الأخيرين).
(٣) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).
(٤) «الجامع الكبير» ص٢٣٥، و«المنظومة» لوحة (٨٣)، و«المختلف» ٣/ ١٣٤٥.
(٥) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).
(٦) «المبسوط» ١١/ ١٣٢، و«الهداية» ٣/ ٢٤٤، و«المختلف» ٣/ ١٣٤٥.
(٧) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

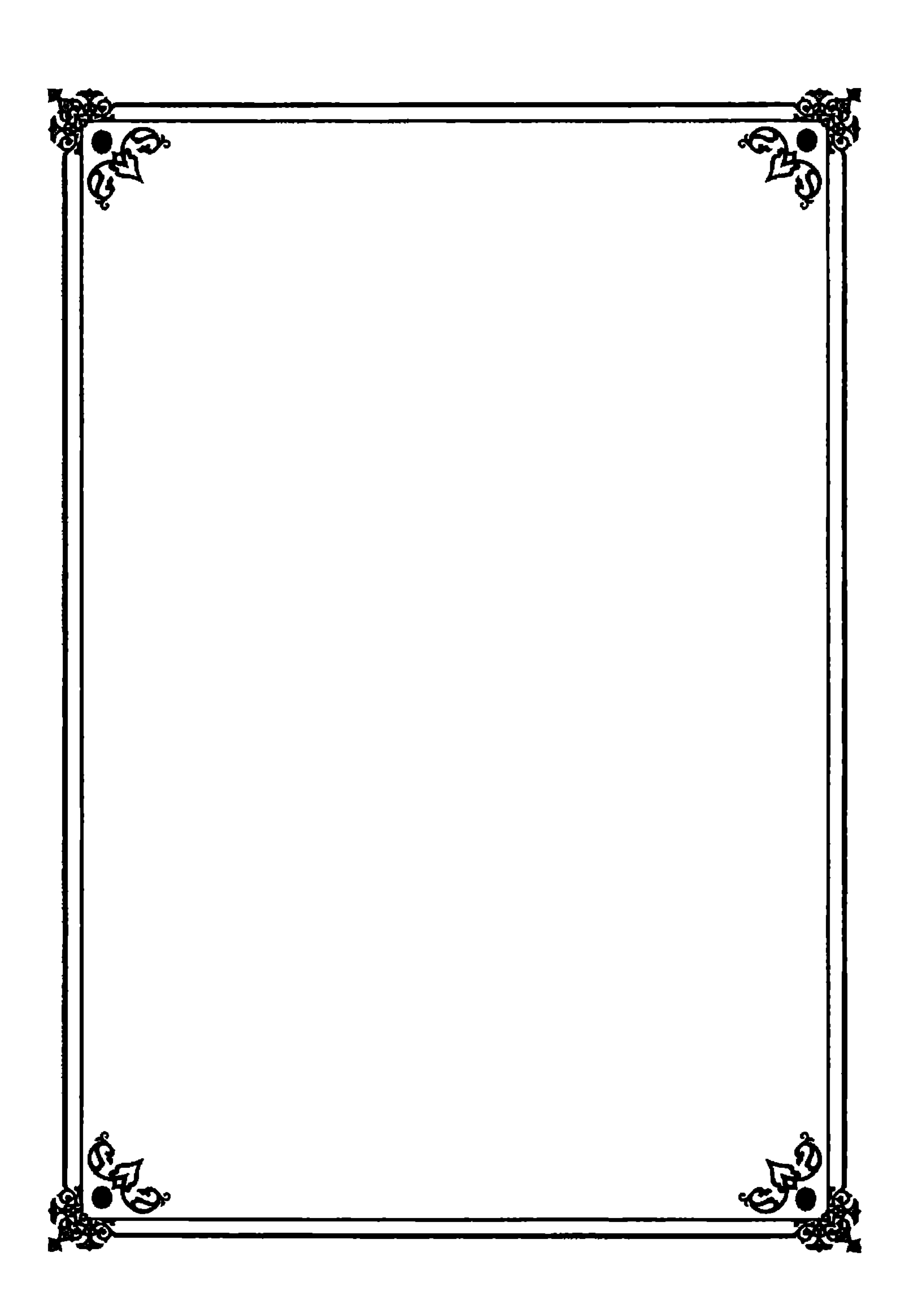
(لأنَّ كلًا منهما قبض مالَ غيرِه بغير إذنه)[١] فكان ضمان فعلٍ فيؤاخذ به في الحال (والله أعلم)[٢][٣].

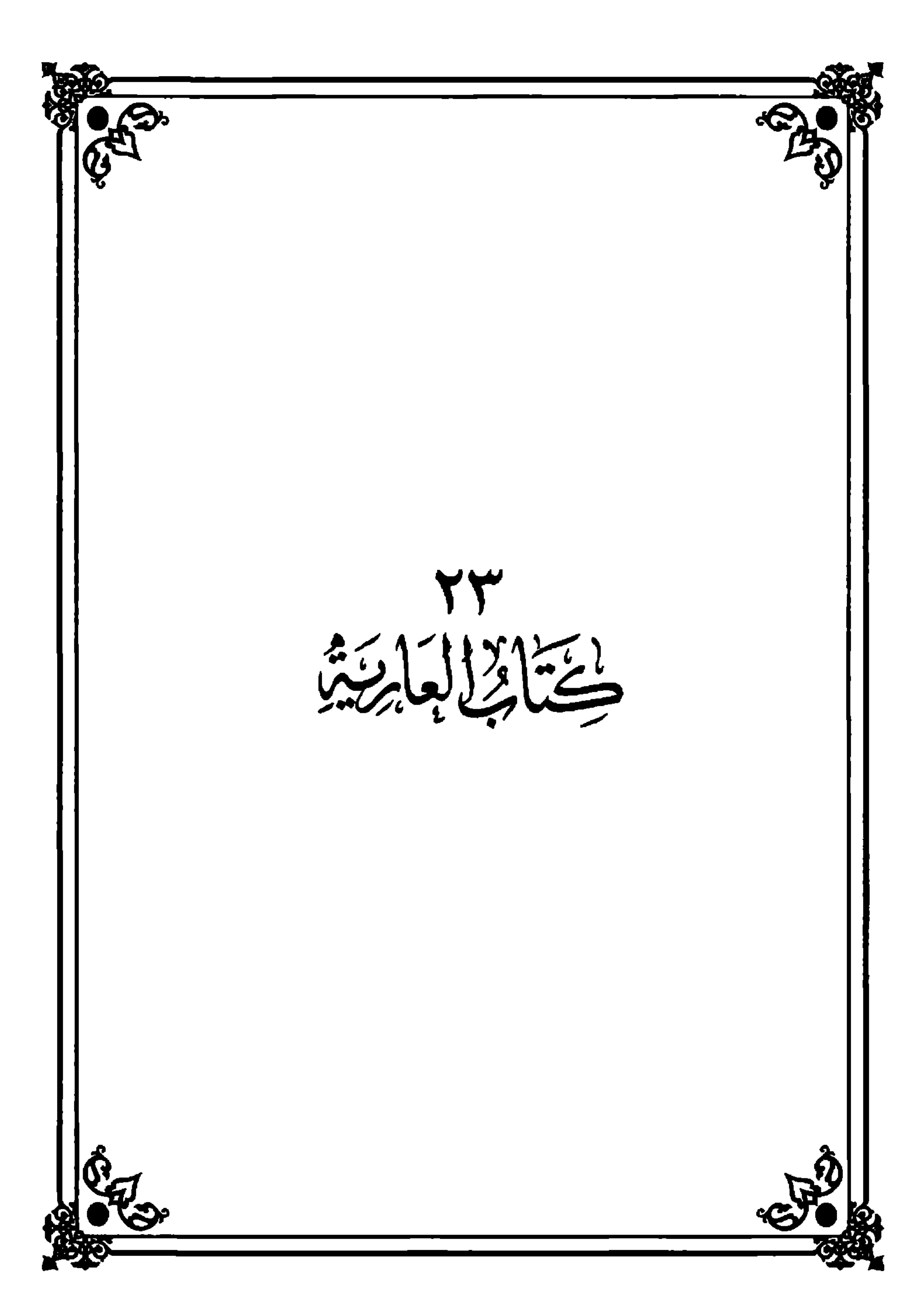
---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

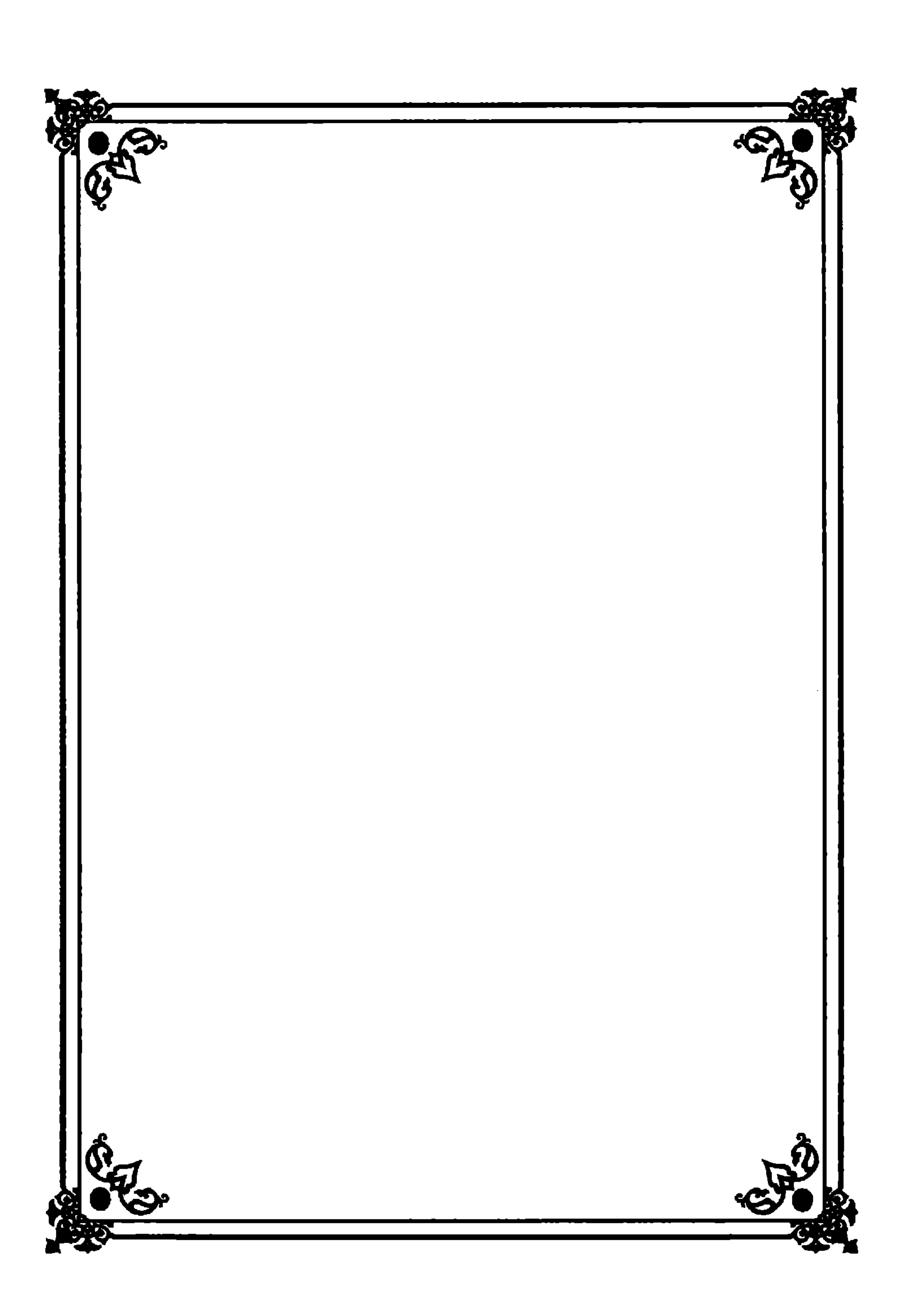
(٢) من (ب).

(٣) «الجامع الكبير» ص٢٣٤، و«المنظومة» لوحة (٨٣)، و«المختلف» ٣/ ١٣٤٥، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٨.





٢٣
كتاب العارية



كتابُ العارية[(١)]

العاريةُ[(٢)] مشتقةٌ من التعاور الذي هو التداولُ، سُمي عقدُ الإعارة به لوجودِ التداولِ في العين المعارةِ وتناوبِ الأيدي عليها، ويجوز أن تكونَ من العرية أي[(٣)]: العطية إلَّا أنَّ العريةَ مختصةٌ بالأعيان والعاريةُ بالمنافع، ويجوز أن تكون (القسمةُ)[(٤)] لتعري هٰذا العقد عن العوض، وهو عقدٌ مندوبٌ إليه لما فيه من قضاء حاجةِ المسلمِ قال الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وذم المانعَ لها بقوله: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧] أي العواري من القدرِ والقدومِ ونحو ذلك، واستعار ﷺ درعًا من صفوانَ[(٥)]، ولما كان التمليكُ تارةً بعوض وأخرىٰ بغير عوضٍ، والأعيانُ قابلةٌ لكلٍ منهما كانت المنافُع كذلك، فالإجارةُ بالعوض والإعارةُ بغير عوض[(٦)].

---

(١) وجه المناسبة للوديعة ظاهرة من حيث ٱشتراكهما في الأمانة.

(٢) العارية لغةً: ٱعتوروا الشيء تداولوه فيما بينهم وكذلك تعاوروه، العارية بالتشديدكأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب.
«المصباح المنير» ص٢٥٩-٢٦٠، و«مختار الصحاح» ص٤١٥ مادة (عور)، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٦٣٦ مادة (عار).

(٣) في (أ): (وهو).

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) أبو ثمامة صفوان بن أمية أحد بني الحارث بن مالك الكناني.
وانظر: «المحبر» (ص١٣٣)، و«أمالي القالي» ١/ ٢٤٠، والحديث رواه أبو داود (٣٥٦٣).

(٦) «الكتاب» ٢/ ٢٠٠-٢٠١، و«الهداية» ٣/ ٢٤٦، و«الاختيار» ٣/ ٦٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٠.

قال: (وتفسر بهبةِ المنافع بغير عوضٍ).

اختلف عبارةُ أصحابنا في تفسير العاريةِ فالمشهورُ وهو ٱختيارُ أبي بكرٍ الرازيّ (وهو الصحيحُ) أنها هبةُ المنافع، وقال أبو (الحسن)[1] الكرخيُّ: هي إباحةُ المنافع والذي حمله علىٰ ذلك أنَّ المستعيرَ ليس له أنْ يؤجرَ، ولو ملك المنفعةَ مَلَكَ إجارتها ، ووجهُ الأول أنَّ المستعير ليس له أنْ يعيرَ غيرَه ولو كانت (إباحةٌ لما ملك)[2] ذلك فإن من أبيح له الطعامُ لم يكن له أنْ يُبيحَهُ غيرَه، وإنما لم تجزِ الإجارةُ؛ لأنَّ المستعيرَ ملك المنافعَ علىٰ وجهٍ لا ينقطع (حقُّ المالك عنها)[2] فلو جاز له الإجارةُ لتعلق بالإجارةِ ٱستحقاقُ الفسخ برجوع المعير فيها؛ ولأن الإجارة أقوىٰ وألزم من الإعارةِ، والشيءُ لا يستتبع بمثله /١٩أ/ فبالأولىٰ أن لا يستتبع الأقوىٰ[3].

قال: (ولا يكون إلَّا فيما ينتفعُ به مع بقاء عينه فإذا أعارَ مكيلًا أو موزونًا كان قرضًا).

حقيقةُ العاريةِ أن يهبَ المنفعةَ والعينُ قائمةٌ كالثوب والعبدِ والدارِ والدابةِ، والإشارةُ إلىٰ ذلك من الزوائد، فعلىٰ هٰذا إذا أعاره ما لا يمكن الٱنتفاعُ به إلَّا باستهلاك عينه يسمىٰ ذلك عاريةً مجازًا؛ وإنما هو فرضٌ في المعنىٰ كالدراهمِ والدنانيرِ والمكيلِ والموزونِ والعدديِّ المتقاربِ، وذلك

---

(١) في (ب): (الحسين).

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٠١، و«المبسوط» ١١/ ١٢٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٦، و«الاختيار» ٣/ ٦٨، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧٧.

لأن الإعارةَ لما كانت تمليك المنافع ولا يمكن الأنتفاع بها إلَّا باستهلاك عينها اقتضىٰ ذلك تمليكَ العينِ وذلك بوجهين (الهبة)[١] والقرض إلَّا أنَّ القرضَ أدناهما فيثبت، أو نقول من قضيةِ الإعارة الأنتفاع بالمنفعةِ وردِّ العين، فأقيم هاهنا المثل مقام العينِ، وهٰذا فيما إذا أطلق العاريةَ، فإن قيد إعارةَ الدراهم بنوعٍ مثلَ أن يزِّينَ (بها)[٢] موضعًا أو يعير بها ميزانًا تقيد بما قيده به وصار كما إذا اُستعار آنيةً للتجمل أو سيفًا مُحلىٰ يتقلد به[٣].

قال: (ويجعلها أمانةً).

العاريةِ أمانة إذا هلكتْ من غير تعدٍ لم يضمن المستعير[٤].

وقال الشافعيُّ[٥] رَحِمَهُ اللَّهُ: يضمن لأنه قابضٌ مالَ غيرهِ قبضًا غيرَ مستحقٍ فيضمن، والإذن بالقبض ثابتٌ ضرورةَ ثبوت الإذن في الأنتفاع، وما يثبت بالضرورة لا يتعدىٰ محلَّ الضرورةِ فيثبت موجبُه في المقبوض من حيث إطلاق الأنتفاع منه خاصةً، ويبقى الإذنُ فيما يرجع إلى العين عدمًا، وهٰذا لأنَّ عقد الإعارة وارد على المنفعة لا العين، فكان الإذن في حقِّ قبض العينِ ضروريًا للتمكن من الأنتفاع به، فلا يظهرُ فيما وراءَ إطلاق الأنتفاع وصار كالمقبوض علىٰ سوم الشراءِ.

---

(١) في (ب): (القيمة).
(٢) من (ب).
(٣) «المبسوط» ١١/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨١.
(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٦، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨١.
(٥) «الوجيز» ١/ ٢٠٤، و«حلية العلماء» ٥/ ١٨٩، و«المهذب» ١/ ٣٧٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٧٦-٧٧، و«غاية البيان» ص٢١٤-٢١٥.

ولنا[1]: قولُه ﷺ: «ليس على المستعيرِ غيرِ المغلِّ ضمانٌ»[2] أي: غير المتعدِّي عمَّا أطلق له، ولأن الضمان هاهنا إما بالعقد أو بالتعدي، والعقدُ لا ينبئ عن الضمانِ؛ لأنه موضوعٌ للتبرع بالمنافع ملكًا أو إباحةً، والقبضُ لم يقع تعديًا؛ لأنه مأذونٌ فيه من قبل المالك؛ لأنه لا يمكنه الانتفاعُ إلَّا بعد القبضِ فيكون الإذنُ بالانتفاع إذنًا بما يتوقفُ عليه بالضرورة، فلا يكون فيه متعديًا مع أنه مأذونٌ فيه قصدًا، وضرورةُ الإذن الانتفاعُ[3] الذي لا يمكن إلَّا به ولم يتجاوزْ ما حدّ له فلا يكونُ متعديًا بخلاف المقبوض علىٰ سوم الشراء؛ لأنه مضمونٌ بالعقد لأن الأخذَ في العقد له حكمُ العقد.

قال: (وتصحُّ بأعرتك، ومنحتك هٰذِه (الدابةَ)[4]، (وحملتُك عليها إذا لم يُردْ بهما هبةً، وأخدمُتك هٰذا العبدَ، وداري لك سكنىٰ، أو وسكنىٰ عمري وأما أعرتك فحقيقة فى الباب).

وأمَّا منحتك هٰذا الثوبَ، وحملتك علىٰ هٰذِه الدابة إذا لم يرد بهما

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١٦، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨١.

(٢) رواه الدارقطني ٣/ ٤١ عن عبد الله بن عمرو بن العاص، مرفوعًا، وقال: فيه عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروىٰ عن شريح القاضي غير مرفوع. ثم رواه عن شريح من قوله، ورواه كذلك أيضًا عبد الرزاق ٨/ ١٧٨.

(٣) في (ب): (للانتفاع).

(٤) بياض بالأصل والمثبت من متن «مجمع البحرين وملتقى النيرين» المطبوع ص ٤٥٨.

الهبة؛ لأن اللفظَ موضوعٌ لهبة العينِ، فإذا لم يرد بهما ما وضع اللفظُ له حُملَ علىٰ هبةِ المنافع مجازًا، وأما أخدمتك هٰذا العبدَ فلأنه إذنٌ صريحٌ في الاستخدام وهو معنى الإعارة، وأما داري لك سكنىٰ فمعناه: أي سكنىٰ داري لك، وكذلك قوله: سكنىٰ عمري. أي: سكناها لك عمرك[1].

قال: (ونجيز للمستعير أن يعيرَ ما لا يختلفُ بالاستعمال).

قال أصحابُنا: للمستعير أنْ يعيرَ ما ٱستعاره بشرط أنْ لا يكونَ مما يختلفُ باختلاف المستعملين[2]، وقال الشافعيُّ[3] ﷺ: لا يجوزُ له ذلك على الأظهرِ؛ لأنه مستبيحٌ بالإذن كالضيفِ، ولأنَّ العاريةَ إباحة المنافع فلا يملك إباحتها غيره؛ وهٰذا لأنَّ المنافعَ معدومةٌ فلا تقبل التمليك، وإقامُتها في الإجارة مقامُ الأعيانِ للضرورةِ وهي مندفعةٌ هاهنا بالإباحة.

ولنا[4]: أنها تمليكٌ للمنافع علىٰ ما مرَّ فتملكُ الإعارة كالموصىٰ له بالخدمةِ، وكما ٱعتبرتْ المنافعُ قابلةٌ للمْلكِ في الإجارة ٱعتبرتْ هاهنا

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٠١، و«المبسوط» ١١/ ١٣٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٦، و«الاختيار» ٣/ ٦٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤١-٢٤٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٠، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٧٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١١٦، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٢، و«المبسوط» ١١/ ١٤٠، و«الهداية» ٣/ ٢٤٧-٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦٩-٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٢-٢٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨٠.

(٣) «الوجيز» ١/ ٢٠٣، و«حلية العلماء» ٥/ ١٨٩، و«المهذب» ١/ ٣٧١، و«روضة الطالبين» ٤/ ٧١، و«غاية البيان» ص٢١٥.

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٠٢-٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٦٩-٧٠، و«الفروق» للكرابيسي ٢/ ٢٦ .

دفعًا للحاجة، وإنما قيدنا الجوازَ بما لا يختلفُ بالاستعمال؛ لأن المعيرَ رضي باستعماله دون غيرِهِ ففي جوازِهِ مع الاْختلاف إلحاقُ ضررٍ بالمعير وهو مدفوعٌ عنه، ثم الإعارةُ علىٰ وجوهٍ أربعةٍ:

أحدها: أن تكون مطلقةً في الوقت والانتفاع كمن اْستعار دابةً أو ثوبًا، ولم يبين وقتًا (ولا منفعةً)[1] ولا عيَّن مستعملًا، فله أنْ ينتفعَ بذلك أيَّ نوعٍ شاء في أيِّ وقتٍ شاء عملًا بالإطلاق[2].

والثاني: أنْ يقيد في كل منهما بإنْ اْستعاره يومًا ليستعمله بنفسه فليس له أن يتجاوزَ ذلك عملًا بالتقييد إلَّا أن يكونَ الخلافُ إلىٰ مثل ذلك أو خيرٌ منه[3].

والثالثُ: أن تكون مطلقةً في الوقت مقيدةً في الاْنتفاع بإنْ اْستعارها ليحملَ عليها حنطةً فله أن يحملَ الحنطةَ متىٰ شاء[4].

والرابعُ: أن تكون مقيدةً في الوقتِ مطلقةً في الاْنتفاعِ بإن اْستعار دابةً يومًا ولم يسمِّ ما يحمل عليها فله أنْ يحملَ عليها ما شاء في اليوم، فإن أمسكها بعد الوقتِ ضمن إنْ اْنتفعَ بها في اليوم الثاني، وقيل: يضمنُ

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١١٦، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٢، و«المبسوط» ١١/ ١٤٠، و«الهداية» ٣/ ٢٤٧-٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٦٩-٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٢-٢٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨٠.

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٠٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٧٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤١.

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤١، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٧٠.

بمجرد الإمساكِ؛ لكونه ماسكًا مالَ الغير بغير إذنهِ، وإذا ٱختلفا في الوقتِ والمكانِ وما يُحملُ عليها فالقولُ قولُ المعير /٩ب/ مع يمينه؛ لأن الإذنَ مستفادٌ منه فيثبت بقدر ما أقرَّ به، وما زاد فالمستعير مستعملٌ مالَهُ فيما لم يأذن له فيه فيضمن[1].

قال: (وليس له أنْ يؤجر).

لأن الإعارةَ دون الإجارةِ، فلا يتضمنها؛ ولأنها لو صحتْ لكانت لازمةً؛ لأنها حينئذٍ تصدُر بتسليط من المعيرِ، وفي اللزوم زيادةُ ضررٍ على المعير حيث لا يتمكنُ من الاسترداد إلى ٱنقضاء المدة فأبطلناه نظرًا له وضمنه حين سلمه؛ لأنَّ العقدَ إذا لم يتناول الإجارةَ كان غصبًا، وللمعير أنْ يضمنَ المستأجر؛ لأنه قبض مالَه بغير إذنه، وإذا ضمن المستعيرُ فلا رجوعَ له على المستأجر؛ لأنه لما ضمن كان مؤجرًا مِلْكَ نفسه، وإن ضمن المستأجرُ رجع على المستعيرِ إن لم يكن عَلِمَ أنه عارية في يده دفعًا لضرر الغرور عنه وإن عَلِمَ لا يرجعُ[2].

قال: (وإن ٱستعاره ليرهنَه جاز).

لأن موجبَ الرهنِ ثبوت يد الاستيفاءِ فصار كما لو ٱستأذنه أنْ يقضي دينًا عليه من مالهِ فأذن له كان صحيحًا[3].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ١٣٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤١، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨، و«الاختيار» ٣/ ٧٠.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢٠٢، و«المبسوط» ١١/ ١٣٣-١٣٤، و«الهداية» ٣/ ٢٤٧، و«الاختيار» ٣/ ٦٩-٧٠، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨٠.

(٣) «الهداية» ٤/ ٤٩٠-٤٩١، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٢، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨٠.

وهٰذِه المسألةُ وما يتفرَّعُ عليها من الزوائد.

قال: (وإنْ قُيِّد بمقدارٍ أو جنسٍ أو مكانٍ لم يتجاوزه).

(لأنه)[١] لا يخلو إما إن أطلقَ ولم يسم ما يرهنه، فللمستعيرِ أن يرهنَ بالقليل والكثيرِ وبأي جنسٍ شاء عملًا بالإطلاق، وإن سمَّىٰ له قدرًا يرهنه عليه أو جنسًا معينًا لم يجزْ له أن يتجاوز ذلك؛ لأن التقييدَ مفيد فإن رهنه علىٰ أكثر أو خالف في الجنسِ كان ضامنًا بقيمة الثوب المستعار؛ لأن ذلك تصرفٌ غير مأذونٍ فيه فكان غاصبًا، وللمعير أن يأخذَه من يدي المرتهن؛ لأن الرهنَ لم يصحْ، وكذلك لو ٱستعاره ليرهنه بالكوفةِ فرهنه بالبصرةِ كان ضامنًا؛ لأن التقييدَ مفيد، وكذلك لو قيده بالرهن عند إنسان بعينه لا يجوزُ له أنْ يتجاوزه[٢].

قال: (ولو هلك بعد الفكاكِ أو قبل الإرهان فلا ضمان).

لأنَّ قبض المستعير غيُر مضمونٍ، وإنما يتعلق الضمانُ باعتبار ٱستيفاء الدين منه ولم يستوف[٣].

قال: (وفي يد المرتهن ضمنَ الراهنُ للمعير قدر ما يسقط عنه بالهلاك من الدين).

لأنَّ الضمانَ قد وجب باعتبارِ الاْستيفاء فيتقدر بقدره، والمعيرُ بمنزلة رجل أذن لأجنبيٍّ أن يقضي دينَه من وديعةٍ عنده، فما قضىٰ مضمون عليه

---

(١) من (ب).

(٢) «المبسوط» ١١/ ١٣٧-١٣٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢١٣، و«الهداية» ٤/ ٤٩١، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٢.

(٣) «الهداية» ٤/ ٤٩١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢١٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٢، و«وسائل الأسلاف» ص٤٠١-٤٠٢.

وما لم يقض فهو أمانةٌ، ذكر هٰذِه المسائل في «الإيضاح»[١].

قال: (وإن أعار أرضَه للبناء والغرسِ كان له أن يرجع ويكليفهُ تفريغها).

أمَّا الرجوعُ فلأن للمعير أن يرجع (في العارية)[٢] متىٰ شاء، لقوله ﷺ: **«المنحةُ مردودةٌ والعاريةُ مؤداةٌ»**[٣] ولأن المنافعَ معدومةٌ، (وإنما تُملكُ)[٤] شيئًا فشيئًا علىٰ حسبِ حدوثها؛ فالتمليكُ فيما لم يوجد لم يتصل به القبضُ فكان له الرجوعُ فيه، وأما جوازُ ذلك فلأنها منفعةٌ معلومةٌ تصحُّ أن تُملكَ بالإجارةِ فكذا بالإعارةِ، وإذا صحَّ الرجوعُ صار (المستعيرُ شاغلًا)[٤] أرضه بغير رضاه فيكلفُ تفريغَها[٥].

قال: ((فإن)[٤] وقَّتَ فرجع قبله كره، وألزمناه الضمانَ، فقيل: ما نقصهما القلعُ، وقيل: قيمتهما ويملكهما إلَّا أنْ يرفعهما المستعيرُ. وقيل: إن ضرَّرَ[٦] الأرض يخيرُ المالكُ).

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٧، و«الهداية» ٤/ ٤٩٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٢.

(٢) من (ب).

(٣) رواه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠) من حديث أبي أمامة الباهلي، وقال الترمذي: حسن صحيح. ورواه ابن ماجه (٢٣٩٩) من حديث أنس.

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١١٦-١١٧، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٣، و«المبسوط» ١١/ ١٤١، و«الاختيار» ٣/ ٧٠-٧١، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨١.

(٦) في (ب): (ضرَّ).

إذا أعار أرضَه لرجل ليبني فيها أو يغرس عشرين سنةً، فبنى المستعير أو غرس، ثم بدا له فرجع قبل ٱنقضاءِ المدة فله ذلك لما مرَّ، وكُرِهَ لما فيه من خُلْفِ الوعد، ولزمه الضمانُ (عندنا[١]).

وقال زفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ)[٣]: لا ضمانَ عليه، ثم ٱختلفتْ الروايةُ، فقال القدوريُّ[٤]: يلزمه ضمانُ ما نقص البناءُ والغرسُ بالقلع.

ووجهُ (ذلك أنه مغرورٌ من)[٥] جهته؛ لأنه وقَّتَ له وقتًا، والظاهرُ هو الوفاءُ وقد ٱطمأن إلىٰ ذلك فيحكم له بالرجوع دفعًا للضرر عنه بخلاف ما لو أعارَه وأطلق؛ لأنه لم يوجد من المعيرِ ما يوجب ٱغترار المستعيرِ؛ لأن المستعير يعلمُ أنَّ له أنْ يرجعَ عليه متىٰ شاء، فكان مغترًا لا مغرورًا.

وقال الحاكمُ الشهيد[٦] رَحِمَهُ اللَّهُ: يضمنُ ربُّ الأرض للمستعيرِ قيمة بنائه وغرسِه ويكونان له إذا (أخذها)[٧] المستعيرُ إلَّا أن يشاء المستعيرُ أن

---

(١) «المبسوط» ١١/ ١٤١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٢-٣٤٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٤.

(٢) «المبسوط» ١١/ ١٤١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٢-٣٤٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩، و«الاختيار» ٣/ ٧٠-٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٤.

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٠٣.

(٥) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٦) محمد بن محمد بن أحمد المروزي العالم الكبير ولي قضاء بخارىٰ وله مؤلفات في المذهب كثيرة أهمها «الكافي» توفي سنة ٣٤٤هـ.
انظر ترجمته في: «الفوائد البهية» ص ١٨٥، و«الجواهر المضية» ص ١١٢-١١٣.

(٧) في (ب): (أخذهما).

يرفعهما، ولا يضمِّنَه قيمتهما لأنهما مِلكُه فله رفعهما، وقيل: إذا كان في القلع ضررٌ بالأرض فالخيارُ لربِّ الأرض؛ لأنه صاحبُ أصلٍ والمستعيرُ صاحبُ تبع، والترجيح بالأصلِ،[١] وهٰذِه الأقوال زوائد.

وقال زفر[١] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا ضمانَ عليه أصلًا؛ لأن التوقيتَ لم يكن ملزمًا له شيئًا، فالحالُ بعد التوقيتِ كالحال مع الإطلاقِ[١].

قال: (وإن أعارها للزرعِ فلا رجوعَ قبل حصده مطلقًا).

إذا أعار أرضهَ لرجلٍ ليزرعها فليس للمعير الرجوع قبل أنْ يحصدَ زرعه مطلقًا سواءً أطلق (الإعارة أو وقَّتها)[٢]، والفرقُ أن للزرع نهايةً معلومةً، وفي التركِ إلى الحصاد مراعاة الحقين بخلاف الغرسِ والبناءِ؛ لأنه ليس لهما نهايةٌ معلومةٌ (فقلع)[٣] دفعًا للضرر عن المالك[٤]، والمسألةُ من الزوائد.

قال: (والمستعيرُ يكتبُ أطعمني أرضه وقالا: أعارني)[٢].

إذا أعار أرضَه للزراعة وأراد أن يكتبَ صكًّا بذلك كتب: هٰذا ما أطعمَ فلانٌ أرضَه الفلانيةَ المحدودةَ إلىٰ آخره عند أبي حنيفة[٥] رَحِمَهُ اللَّهُ. / ١٠أ/

---

(١) «المبسوط» ١١/ ١٤١-١٤٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٢-٣٤٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩، و«الاختيار» ٣/ ٧٠-٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٤.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) في (ب): (فيقلع).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١١٧، و«المبسوط» ١١/ ١٤٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٣، و«الهداية» ٣/ ٢٤٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٣.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٨، و«الهداية» ٣/ ٢٥٠، و«الاختيار» ٣/ ٦٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨٣.

وقالا[١]: يكتب: هٰذا ما أعار.

قالا[١]: لأن لفظَ العاريةِ صريحٌ في المعنىٰ فكان أولىٰ بالكتابةِ. وله أنَّ لفظ الإطعام أدلُّ على المعنى المقصودِ؛ لأن إعارةَ الأرضِ للزراعةِ لابدَّ لها من مدةٍ مديدةٍ لا تدلُّ عليها الإعارةُ مطلقًا؛ (لأن من المعلومِ أنَّ)[٢] الأرضَ لا تطعمُ حقيقةً، فكأن المعنىٰ إبقاءُ الأرضِ في يده حتىٰ يُوجدَ فيها ما يُطعمُ فكان هٰذا أولىٰ[٣].

قال: (ويُؤدي المستعيرُ والمؤجرُ والغاصبُ أُجرةَ رد العارية والعين المستأجرة والمغصوبة).

أما المستعيرُ فأجرةُ الردِّ عليه؛ لأنَّ الردَّ على المعير واجبٌ عليه؛ لأنَّ قبضه منه كان لمنفعة نفسه دون المعير، والأجرُ مؤنةُ الردِّ فيكون عليه، وأمَّا (المؤجر)[٤] فأجرةُ رد العين المستأجرة عليه؛ لأنَّ الردَّ ليس بواجبٍ عليه بل عليه التخلية والتمكين من الأخذ؛ لأن منفعة قبضه للمؤجر معنىٰ باعتبار أخذ العوض، وإذا لم يجب الردُّ لم تجب مؤنته، وأما الغاصب فعليه أجرة رد المغصوب؛ لأن الرد إلى المالك واجب عليه والأجرة مؤنته فتجبُ تبعًا لوجوب الرد[٥].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٣٨، و«الهداية» ٣/ ٢٥٠، و«الاختيار» ٣/ ٦٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٦٨٣.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٠٤، و«الهداية» ٣/ ٢٤٩، و«الاختيار» ٣/ ٧١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٣.

(٤) في (ب): (المعير).

(٥) «الكتاب» ٢/ ٢٠٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٩-٢٥٠، و«الاختيار» ٣/ ٧١-٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨٣.

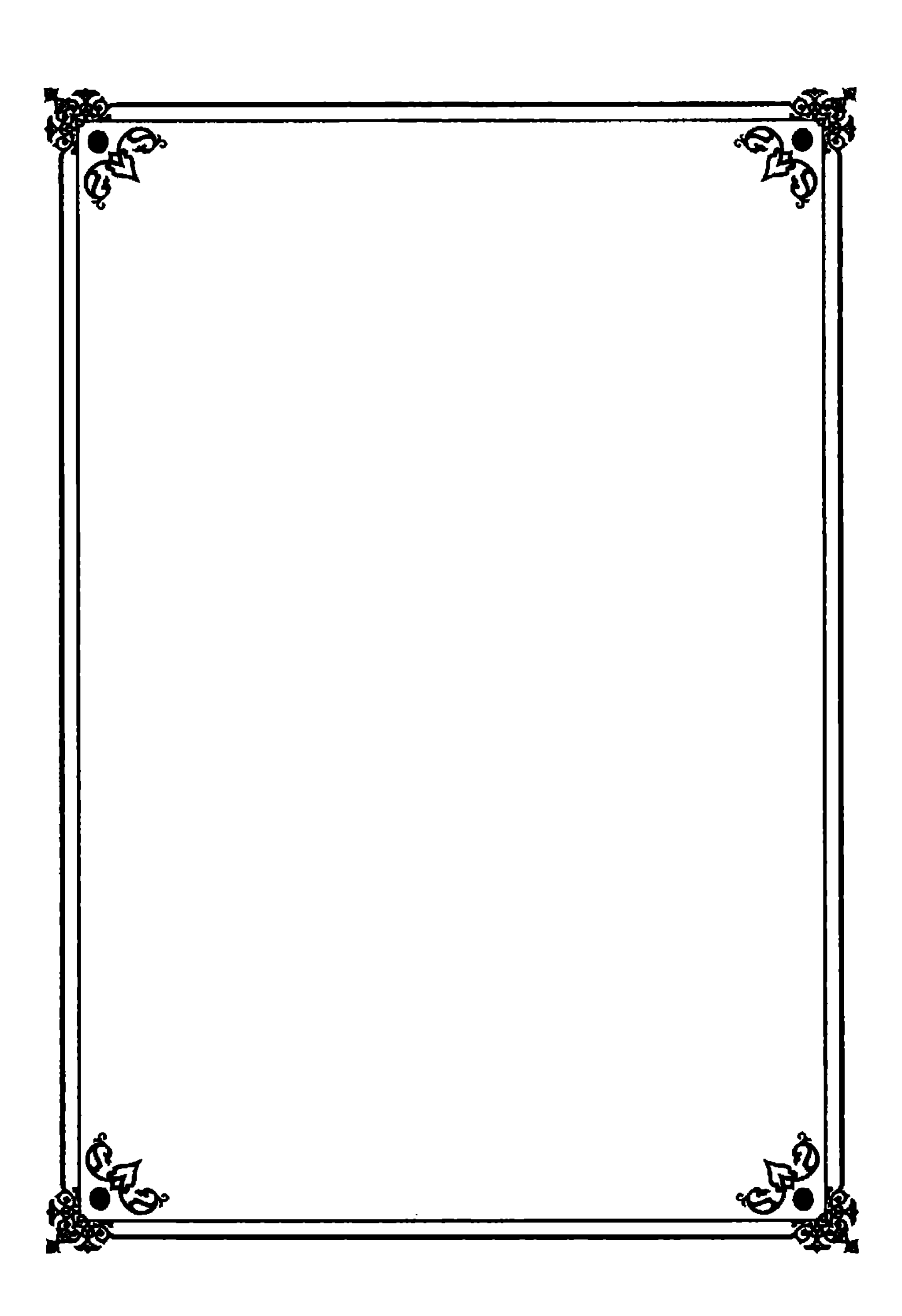
قال: (وإذا رَدَّ الدابة إلى اَصطبل مالكها أو مع عبده أو أجيره، أو عينًا مستعارةً، أو مستأجرة إلىٰ داره برئ دون الوديعة).

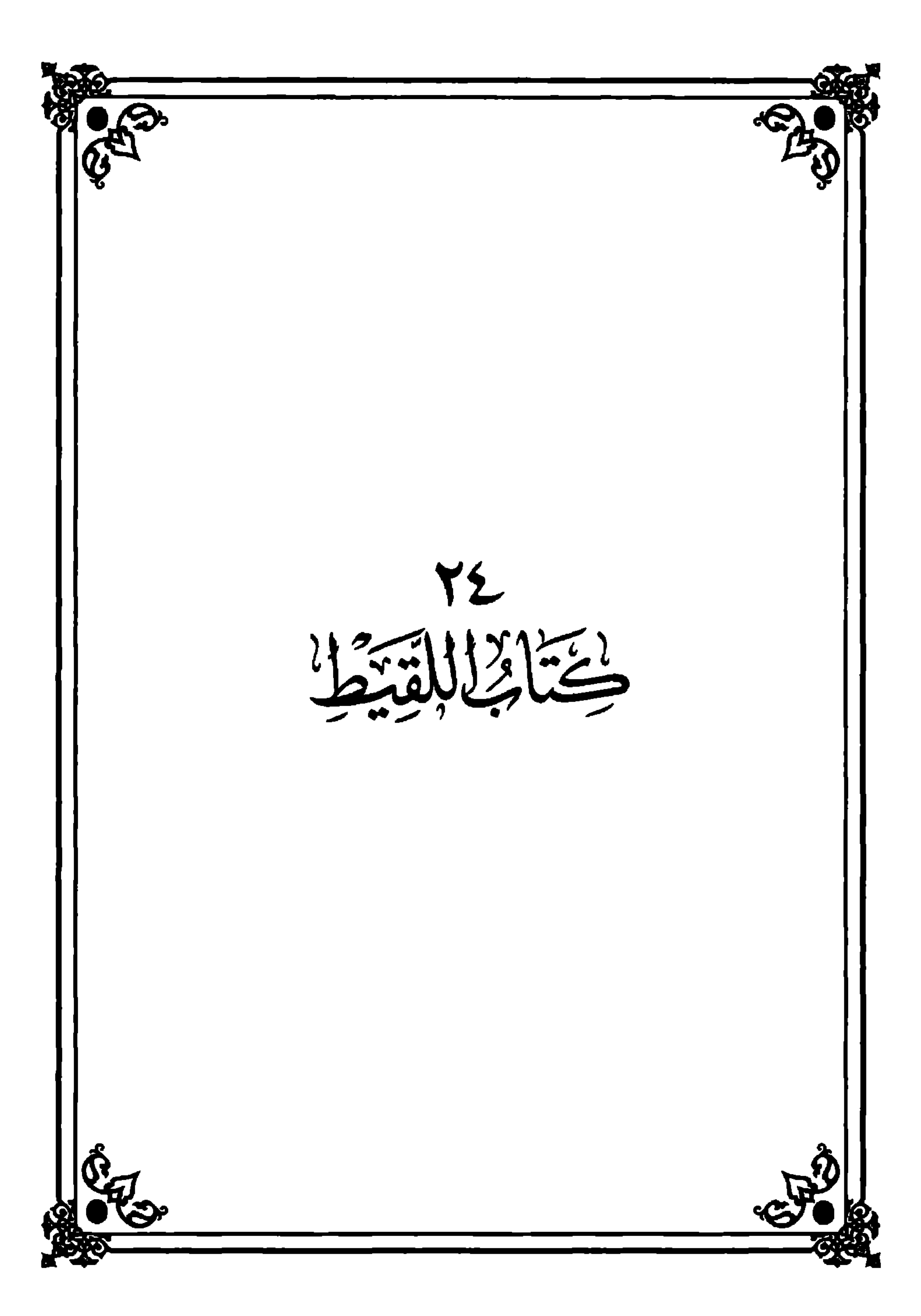
هٰذا اَستحسان والقياس أن لا يبرأ حتىٰ يسلمها إلى المالك نفسه؛ لأن ذلك تضييعٌ وليس بتسليم.

وجه الاَستحسان أنه أتىٰ بالتسليم المتعارف وهو ردُّ الدوابِّ إلى الاَصطبل والمتعارف كالمنصوص عليه، وكذلك لو رَدَّها مع عبده أو أجيره، والمراد بالأجير: أن يكون مسانهة أو مشاهرة لا مياومة؛ لأنه لا يكون في عياله؛ وهٰذا لأنَّ العارية أمانة فله أن يحفظها بمن في عياله وعبده، وأجيره الخاص من عياله كما في الوديعة، وكذلك لو رَدَّها مع عبد رب الدابة أو أجيره ليرضي المالك بذلك؛ لأنَّه إذا ردَّها عليه سلَّمها المالكُ إلىٰ عبده. وقيل: هٰذا إذا كان العبدُ يقومُ على الدوابِّ والأصحُّ الإطلاقُ. وأمَّا العينُ المستعارةُ والمستأجرةُ فإذا ردَّها إلىٰ دارِ المالكِ برئ؛ لما بيَّنَّا من وجودِ العرفِ في ذلك. وأمَّا الوديعةُ فلا يبرأ بردِّها إلَّا بالتسليم إلى المالك، وكذلك المغصوبُ؛ لأن الغاصبَ يجب عليه نقضُ فعلهِ وذلك بالردِّ إلى المالك. وأمَّا المودعُ فلأنَّ مالكها لايرضىٰ بردِّها إلى الدار ولا إلىٰ يد من في العيال؛ لأنَّه لو اَرتضاه لما أودعه إياه، بخلاف العارية؛ لأنَّ فيها عرفًا حتىٰ لو كان المستعار عقد جوهر أو نحوه لم يردّها إلَّا على المعير؛ لعدم العرف في مثل ذلك ذكره في «الشفا»[1].

---

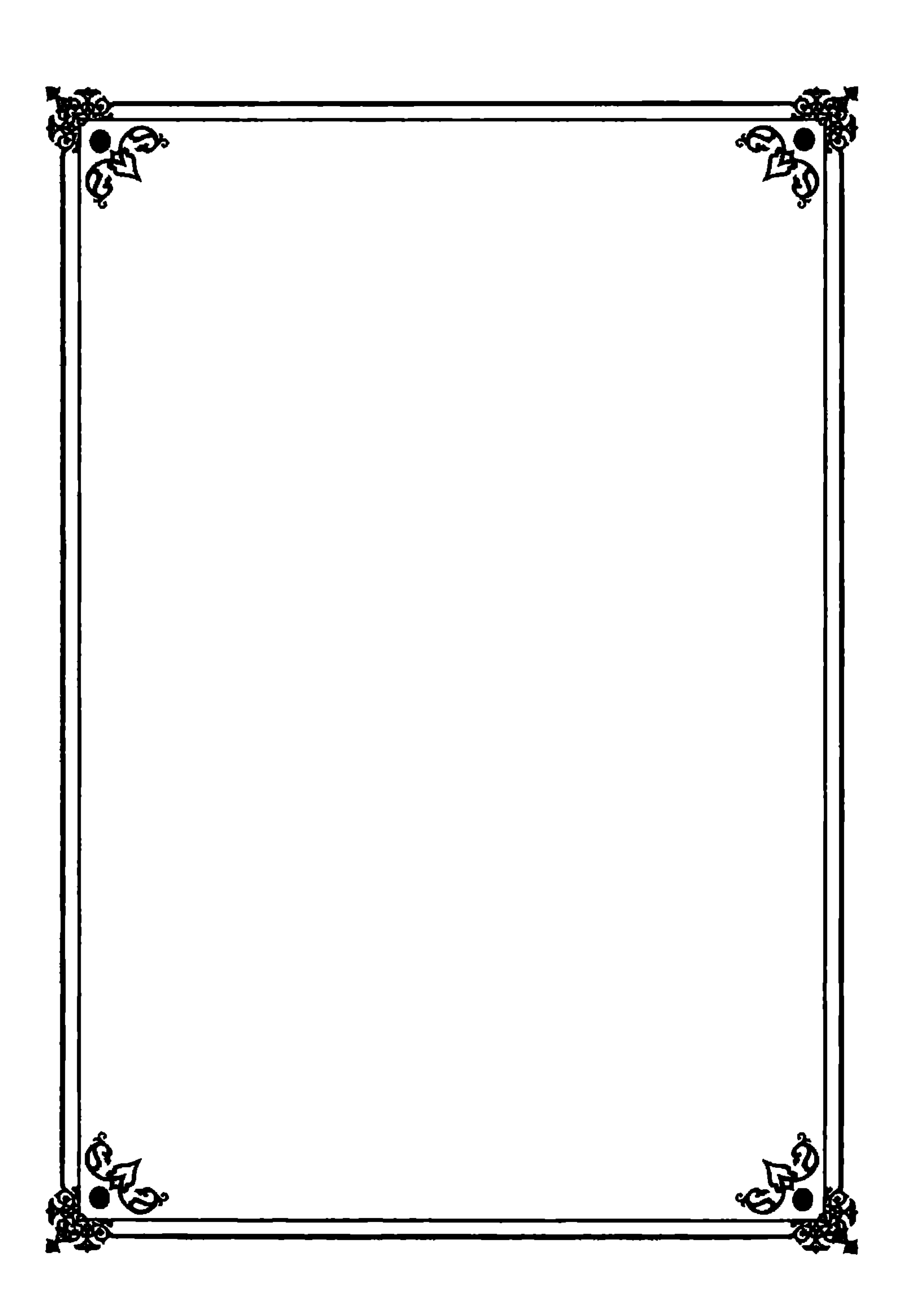
(١) «المبسوط» ١١/ ١٣٩-١٤٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٤٥، و«الهداية» ٣/ ٢٤٩-٢٥٠، و«الاختيار» ٣/ ٧١-٧٢.





٢٤

كِتَابُ اللَّقِيطِ



كتاب اللقيط[1]

اللقيط[2]: وهو المنبوذ. فَعيل بمعنىٰ مفعول سُمِّي به باعتبار ما يؤول إليه. وهو أنه يلقط مأخوذ من لقطته أو التقطه إذا أخذته من الأرض[3]، أو من الألتقاط بمعنى الهجوم على الشَّيء بغتة، كقول الراجز:

ومـــنـــهـــل وردتـــه الـــتـــقـــاطًـــا

وكذلك المنبوذ يهجم عليه من غير طلب ولا قصد.

واللقيط في الشريعة: أسمٌ لحيٍّ مولودٍ طرحه أهلُهُ خوفًا من العيْلَة[4] أو فرارًا من تهمة الزنا[5]، مُضَيِّعُهُ آثم ومحرزه غانم؛ لما في إحرازه من إحياء النفس فإنَّه علىٰ شرف الهلاك، وإحياء الحي هو بدفع سبب الهلاك

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن العارية أخذ الشيء بطلب وقصد والالتقاط أخذه بغير طلب وقصد.

(٢) اللقيط لغةً: من اللقط، وهو أخذ الشيء بلا تعب، ومنها: أنها أسم للشيء الذي تجده ملقىٰ على الأرض من غير قصد ولا طلب، وقد غلب أسم اللقيط على الطفل المنبوذ.
ومنها: هو الوليد الذي يوجد ملقىٰ على الطريق لا يعرف أبواه، فيلتقط عادة، فكانت تسميته لقيطًا باعتبار عاقبته.
«المصباح المنير» ص٣٣١، و«مختار الصحاح» ص٥٣٥، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٨٣٤-٨٣٥. مادة (لقط).

(٣) في (ب): (إلقاط).

(٤) العيلة: الفاقة والفقر. «المصباح المنير» ص٢٦١، و«مختار الصحاح» ص٤١٨. مادة (عيل).

(٥) «الكتاب» ٢/ ٢٠٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١١، و«الهداية» ٢/ ٤٦٧، و«الاختيار» ٣/ ٣٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٧، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٠١.

عنه، قال الله تعالىٰ: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ ﴾ [المائدة: ٣٢]، وفعله مندوبٌ إليه إن كان يغلبُ علىٰ ظنّه أنه لا يهلك، بأن كان في قرية أو في مصر لما ذكرنا -ومتىٰ غلب علىٰ ظنه أنه يضيع ويهلك إن لم يأخذه، بأن كان في مفازةٍ أو مسبعة[١] فالتقاطه واجب؛ دفعًا للهلاك عنه.

قال: (يحكم بحريته وليس لغير الملتقط أخذ منه وينفق عليه من بيت المال).

أمَّا الحريةُ؛ فلأنَّها هي الأصلُ، والدار دار الأحرار، وإنما لم يكن لغير الملتقط أن يأخذه من الملتقط؛ لأن يده عليه أسبق، وقد ثبت له حقُّ الحفظِ له بالسبق فلا يتمكن غيرُهُ من إبطال يده بغير حقٍّ، وأمَّا النفقةُ فإنَّما كانت في بيت المال؛ لأنَّه عاجزٌ عن التحصيلِ بالكسبِ وهو فقيرٌ (ولا قرابةَ)[٢] له فأشبه المقعد الذي لا مال له، وهو مرويٌّ عن عليّ وعمرَ ﵄.

روي عن عمر ﵁ رأىٰ سُنَين[٣] أبا جميلة[٤]، وقد وجد منبوذًا فأتىٰ

---

(١) مسبعة: أرض ذات سباع. «لسان العرب» ٨/ ١٤٦، و«مختار الصحاح» ص٢٦١، و«المعجم الوسيط» ١/ ٤١٤ مادة (سبع).

(٢) في (ب): (الإقرار به).

(٣) في هامش الأصل: سنين أبو جميلة من بني سليم، له صحبة أدرك النبيَّ عليه الصلاة والسلام عام الفتح.

(٤) هو سُنَيْن أبو جميلة الضمري، ويقال: السلمي. روىٰ عنه ابن شهاب.
قال معمر: حدثني أبو جميلة وزعم أنه أدرك النبي ﷺ.
وقال الزبيري عن الزهري: أدركت ثلاثة من أصحاب النبي ﷺ: أنس بن مالك وسهل بن سعد وأبا جميلة سنينا السلمي. روىٰ عنه الزهري أنه أدرك النبي ﷺ وحج

به إليه فقال له: عسى الغوير أبؤسًا نفقته علينا وهو حرٌ[1]، وهٰذا مثلٌ يقال: عند التهمة. قال ابن الأعرابي: إنَّما عرَّض عمرُ بالرجل، أي: لعلك صاحب اللقيط يريد أنك زنيت بأمه وادعيته لقيطًا، فشهد له جماعة بالخير فتركه، وكان ميراثه لبيت المال وجنايته عليه، فكانت نفقتُهُ عليه[2].

قال: (فإن أنفق الملتقطُ كان متبرعًا (إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع، أو يصدقه اللقيطُ إذا بلغ).

إنَّما كان الملتقطُ متبرعًا)[3]؛ لعدم الولايةِ إلَّا أن يأمرَه القاضي ليكون دينًا عليه؛ لعموم ولايةِ القاضي، فإن أذِن له ولم يشرط الرجوع.

ذكر الطحاوي: أنه يرجع عليه بعد البلوغ فإنه قضىٰ حقًا عليه واجبًا بأمر القاضي كما لو قضىٰ عنه دينه /١٠ب/ بإذنه[4]، قال شمس الأئمة[5] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والأصح أنه لا يرجع؛ لأنه أمره بقضاء حق واجب بغير عوض ترغيبًا له في إتمام ما شرع (فيه)[6] من التبرع، وصار كقوله: أدِّ عني

معه وخرج معه عام الفتح.

وذكره ابن سعد في الطبقة الأولىٰ من التابعين وقال: له أحاديث، وكذا قال العجلي إنه تابعي ثقة وفرق البغوي بينه وبين سنين بن واقد.

ينظر ترجمته في: «أسد الغابة» ١/ ١١٥٢، و«الاستيعاب» ٧/ ٦٨، و«تهذيب الكمال» ١٢/ ١٦٥-١٦٦.

(١) رواه مالك في «الموطأ» ص٤٦٠ (١٩).

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢٠٥، و«المبسوط» ١٠/ ٢١٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٠-٣١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٦.

(٣) سقط من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١٤١.

(٥) «المبسوط» ١٠/ ٢١٠-٢١١.

(٦) من (ب)، و(ج).

زكاة مالي. فإنه لا يرجع عليه إلَّا بالشرط، بخلاف الدين؛ لأنه وجب عليه بعوض. ولو لم يأذن له القاضي، فصدقه اللقيط بعد البلوغ فله الرجوع عليه؛ لأنَّه ٱعترف بحقه[1]، وهٰذِه الجملة من الزوائد.

قال: (ومن ٱدعىٰ أنه ابنه ثبت نسبه (منه)[2]).

معناه: إذا لم يدعه الملتقطُ، وهٰذا ٱستحسانٌ والقياس أن لا يقبل قوله؛ لتضمنه إبطالَ حق الملتقط.

ووجه الأول: أن ذلك إقرار للصبي بما هو نفع له؛ لأنَّ النَّسبَ مما يتشرف به ويُعير بعدمه، ويستتبع وجوب النفقة والحضانة، ثم قيل: يكون مدعي النسب أولىٰ من الملتقط به؛ لأنه إذا صحَّ النسبُ ترتب عليه الأخذُ. وقيل: يصحُّ في ثبوت النسب وحده دون إبطال يد الملتقط[3].

قال: (وإن ٱدعاه ٱثنان وذكر أحدهما علامة فيه أو سبق كان أولىٰ، وإن ٱدعياه معًا ثبت منهما ولا يعتبر قول القائف).

أما إذا ٱدعياه وذكر أحدهما علامةً في جسده[4] كان أولىٰ من الذي لم يذكر بشهادة الظاهر له حيث وافقت العلامة دعواه، وإن لم يذكر شيئًا وسبق

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٤١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٦، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٥-١٥٦.

(٢) من (ب).

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٠٥، و«المبسوط» ١٠/ ٢١٠-٢١١، و«الهداية» ٢/ ٤٦٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٨.

(٤) في (ب): (جسد اللقيط).

أحدهما الآخر كان السابق أولىٰ؛ لأنه ثبت حقه في زمان لم ينازعه فيه دعوىٰ أخرىٰ، إلَّا أن يقيم الآخرُ البينة؛ لأنها أقوىٰ، وإن ٱدَّعياه معًا ولم يسبق أحدهما الآخرَ ثبت النسبُ منهما جميعًا؛ لعدم الأولوية، وهما مستويان في السبب[(١)].

وقال الشافعي[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يعتبر قول القائف[(٣)] المدلجي[(٤)]، وإلَّا فقائفٌ آخر، وقد تمسك في ذلك بحديث رواه فيه، وأصحابنا رووا في ذلك أثرًا عن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه قال: هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما ومن المعلوم أن القائف لا علم له بالحقيقة، والقضاء بذلك بقول من لا علم له به باطل، قال تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ [الإسراء: ٣٦].

قال: (ويرجح بالإسلام والحرية).

إذا ٱدعاه ٱثنان وأحدُهُمَا مسلمٌ والآخر ذميٌّ، أو كان أحدهما حرًّا والآخر عبدًا قدم المسلم والحر ترجيحا لما هو الأنظر في حق اللقيط[(٥)].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٤١، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٣، و«الهداية» ٢/ ٤٦٧.

(٢) «الوجيز» ١/ ٢٥٧-٢٥٨، و«حلية العلماء» ٥/ ٥٥٩-٥٦١، و«المجموع» ١٦/ ٢٠١.

(٣) القائف: الذي يتبع الأثر ويعرف النسب بفراسته ونظره إلىٰ أعضاء المولود والوالد. «المصباح المنير» ص٣٠٩، مادة (قوف)، و«معجم لغة الفقهاء» ص٣٢١.

(٤) المدلجي: قبيلة من كنانة ومنهم القافة.
«مختار الصحاح» ص٣٥٠. مادة (دلج).

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٣، و«الهداية» ٢/ ٤٦٨، و«الاختيار» ٣/ ٣٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٠٣.

قال: (وإن وجد في بعضِ أمصارِ المسلمين أو قراهم، فادعاه ذمي تثبت نسبه منه وكان مسلمًا، أو في قرية لأهل الذمة أو بيعة أو كنيسة والواجد ذمي كان ذميًا، وإن كان مسلمًا هٰهنا وذميًا هناك فاعتبارُ المكانِ أو الواجد أو الإسلام روايات).

أمَّا إذا وجد في مصر[1] من أمصار المسلمين أو قراهم وقد ٱدعاه ذميٌّ ثبت نسبُهُ منه وكان مسلمًا ٱستحسانًا؛ لأنَّ النَّسبَ نافعٌ له، وهو يتضمن إبطالَ الإسلامِ الثابتِ بتبعيةِ الدار فثبت منه ما ينفعه ويبطل ما يضرُّه[2]، وأمَّا إذا وجد في قرىٰ أهل الذمة أو أمكنتهم المختصة بهم وكان الواجد ذميًا فإن اللقيط ذمي نظرًا إلى ٱستتباع الواجد والمكان جميعًا[3]. وهٰذا الجواب روايةٌ واحدةٌ. فإن كان الذي التقطه مسلمًا من قرىٰ أهل الذمة، أو كان الملتقط ذميًا في أمصار المسلمين ٱختلفت الرواية فيه، ففي كتاب اللقيط ٱعتبر المكان؛ لكونه أسبق. وفي كتاب الدعوىٰ ٱعتبر الواجد في بعض النسخ وهو رواية ابن سماعة عن محمد[4] رَحِمَهُ ٱللَّهُ ووجه قوة اليد؛ لأنَّ ٱستتباعَ الأبوين الولد فوق ٱستتباع الدار له حتىٰ إذا سبىٰ

---

(١) مصر: المصر كل كورة يقسم فيها الفيء والصدقات ويجوز فيها التذكير والتأنيث، والجمع أمصار. «المصباح المنير» ص٣٤١، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٨٧٣ مادة (مصر).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٤١، و«المبسوط» ١٠/ ٢١٤، و«الهداية» ٢/ ٤٦٨، و«الاختيار» ٣/ ٣٨.

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٠٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٩.

(٤) «المبسوط» ١٠/ ٢١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٨.

مع الصغير أحد الأبوين كان كافرًا. وفي بعض نسخه اُعتبر الإسلام نظرًا للصغير[١]. وهٰذِه من الزوائد.

قال: (وإن اُدعاه عبد ثبت نسبه منه وكان حرًّا).

أما ثبوت النسب فلأنه (نافع له، وأمَّا)[٢] الحرية فلأن (المملوك قد)[٢] تلد له الحرة، والدار دار الأحرار، فالحرية الظاهرة (لا تبطل)[٣][٤] بالشك.

قال: (ولا تقبل دعوىٰ عبوديته).

(لأن الحرية ظاهرة)[٢] نظرًا إلى اُستتباع الدار إلَّا أن يقيم البينة علىٰ ذلك.

قال: (وإن كان معه مال كان له).

إذا كان مع اللقيط (مال مشدود عليه)[٢] أو علىٰ دابة هو عليها، فالمال له اُعتبارًا للظاهر، وينفقه الملتقط عليه. قيل: بأمر القاضي؛ لأنَّ المالَ ضائعٌ وللقاضي (صرف المال)[٢] الضائع إلىٰ مثل ذلك. وقيل: لا يحتاج إلىٰ إذنه في ذلك؛ لأنه للقيط ظاهرًا وللواجد ولاية الإنفاقِ عليه؛ لسبق يده وشراء ما لابد له منه كالطعام والكسوة[٥].

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٢١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٨.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) في (ب): (لا تثبت).

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٠٦، و«الهداية» ٢/ ٤٦٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٨-١٥٩.

(٥) «الكتاب» ٢/ ٢٠٦، و«المبسوط» ١٠/ ٢١٤، و«الهداية» ٢/ ٤٦٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٧.

قال: (ولا يزوجه الواجد ولا يتصرف في ماله ويقبض عنه الهبة ويسلمه في صناعة ولا يؤاجره في الأصح).

أمَّا التزويجُ فلأنه يعتمد الولاية إما بالقرابةِ أو بالملك أو بالسلطنة، ولم يوجد واحد منها، وأما التصرفُ في المال فإنما شرع لتثميره، وذلك يعتمد وجود الرأيِّ الكاملِ والشفقةِ الوافرةِ، والرأي إن وجد في الملتقط فلا يوجد كمالُ الشَّفقةِ، كما توجد الشفقة الكاملة في الأم ولا يوجد في حقِّهَا كمالُ الرأيِّ فاعتبر الملتقط (بها في المنع عن التصرف)[1]، وأمَّا جواز القبض عنه في الهبة، فلأن ذلك نفعٌ محضٌ فيملكه، ولهٰذا يملكه الصغيرُ العاقلُ بنفسِهِ وتملكه الأم (ووصيها)[2].

وأمَّا التسليم في صناعة؛ فلأنه نافع له؛ لأنه من باب الحفظ /١١١أ/ والتثقيف. وأمَّا المؤاجرةُ فرواية القُدُوري[3] جوازه، وفي «الجامع الصغير »[4] لا يجوز له أن يؤاجره. وهٰذا هو الأصح والتنبيه عليه من الزوائد.

وجه رواية القدوري[5]: أنَّ المؤاجرةَ ترجع إلىٰ تثقيفه، ووجه الروايةِ الصحيحةِ: أنَّه لا يملك إتلافَ منافعه، فأشبه العمَّ، وهٰذا بخلاف الأم؛ لأنها تملك منافعه علىٰ ما يأتيك إن شاء الله تعالىٰ[6].

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).
(٢) في (ب): (ووصيه).
(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٠٧.
(٤) ص٤٨٣.
(٥) «الكتاب» ٢/ ٢٠٧.
(٦) «المبسوط» ١٠/ ٢١٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠١، و«شرح فتح القدير» ٦/ ١١٦-١١٧.

قال: (ويمنع الإمام عن آستيفاء القصاص لو قتل).

إذا قتل اللقيط عمدًا؛ قال أبو حنيفة[١] ومحمد[١] رحمهما الله: يجب القصاص ويستوفيه الإمامُ.

وقال أبو يوسف[١] ﷺ: لا يجب؛ لأنه لو وجب لوجب لوليه؛ لأنه لا يخلو عن ولي قريبٍ، إما الأبُ أو الأمُّ، إذا كان لرشدةٍ والولي مجهولٌ أو مشتبه فلا يصحُّ القضاءُ له.

ولهما[١]: أن دم اللقيط معصوم، فيجب القصاص بإراقته ويستوفيه الإمامُ؛ لقوله ﷺ: «**السلطان ولي من لا ولي له**»[٢]. وقد علم بهذا الحديثِ أن أقربَ الناسِ إليهِ إذَا كان مجهولًا لا يكون وليًّا؛ لأنه لا ينتفع به مع الجهالة به، فالتحق وجوده بعدمه[٣].

قال: (وقبلوا شهادته بالزنا).

اللقيط إذا بلغ وشهد علىٰ إنسانٍ بالزنا أو ما يتعلق به كاللعان وغيره لا تقبل شهادته في ذلك في قول (مطرف)[٤] وابن ماجشون من أصحاب مالك، وظاهر المذهب قبول الشهادة[٥] كقولنا: لأنه متهم في دفع العار[٦] عن نفسه، حيثُ يقصدُ أن يجعل لنفسه شبيهًا، وهو ولدٌ

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٢١٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٧٠.

(٢) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة.

(٣) «المبسوط» ١٠/ ٢١٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٩٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٦٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٧٠.

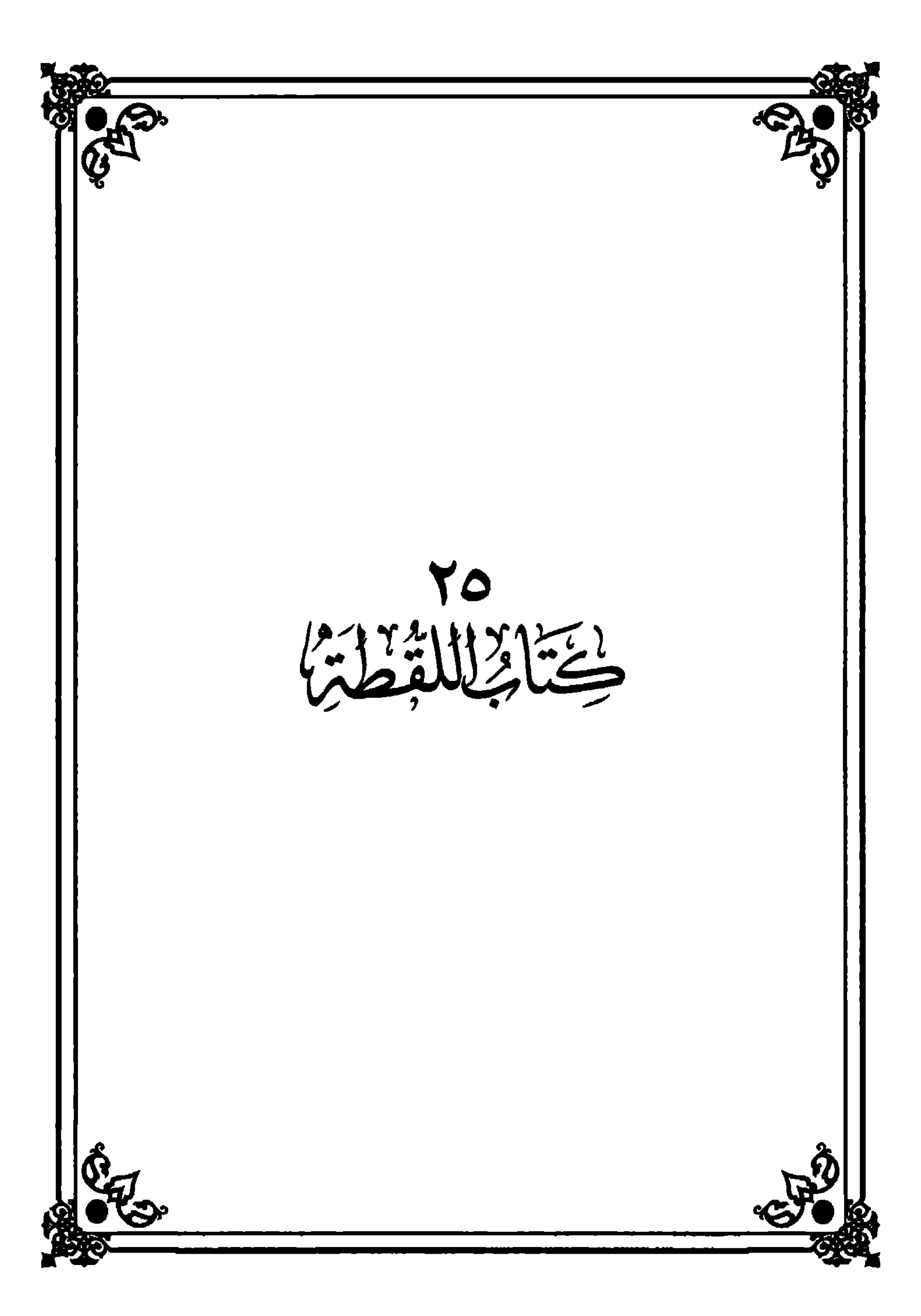
(٤) في (ب): (مطرب).

(٥) «التفريع» ٢/ ٢٣٦-٢٣٧، و«المعونة» ٣/ ١٥٣٤، و«الكافي» ص٤٦٢ .

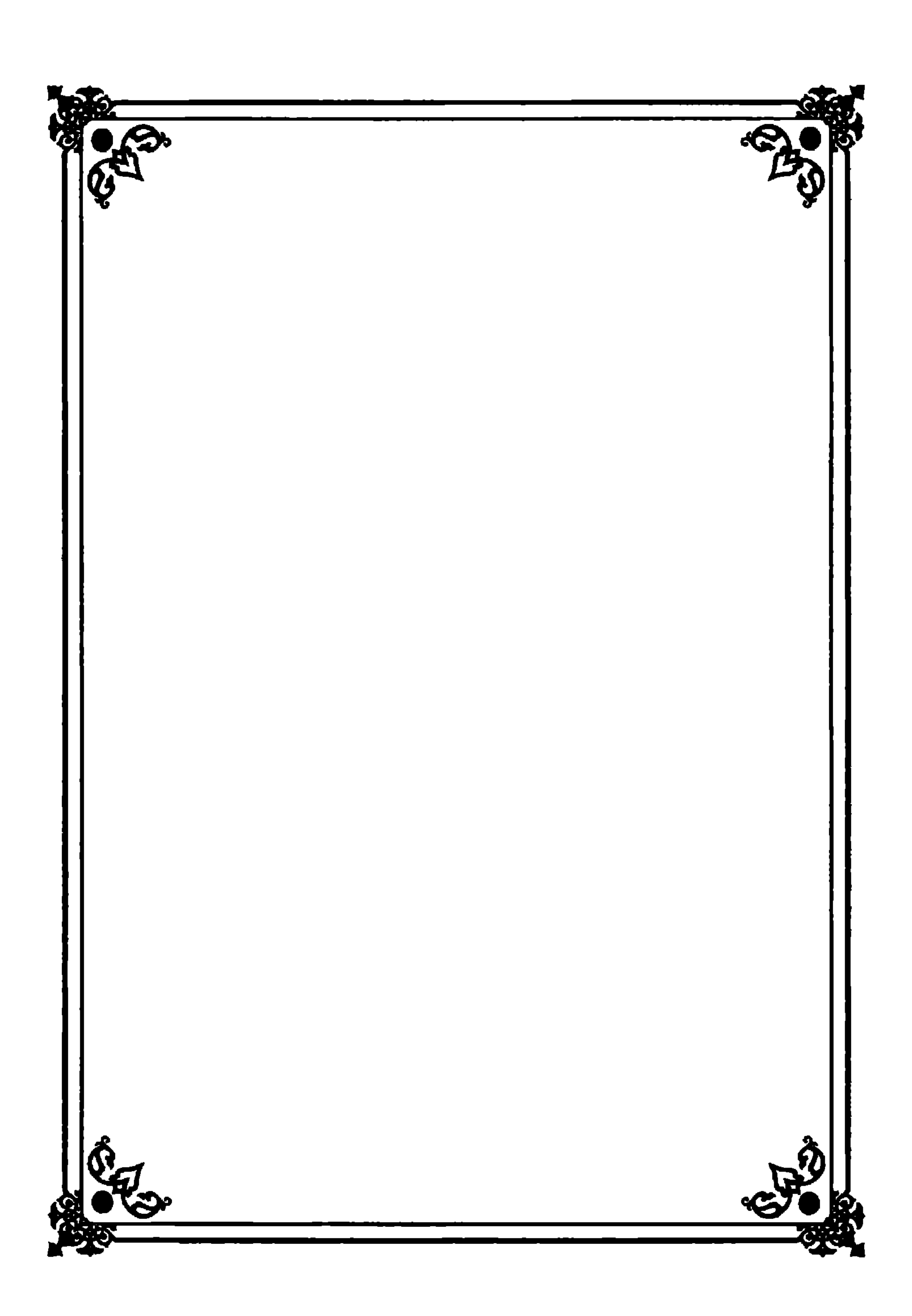
(٦) في (ب): (العارض).

غير معروف الأب فترد شهادته، وعندنا[1] تقبل؛ لأنَّه عدلٌ تقبل شهادتُه في غير الزنا فتقبل في الزنا ٱعتبارًا بغيره من الشهود، والتهمةُ ترتفع بالعدالة.

(١) «الكتاب» ٤/ ٦٤، و«اختلاف العلماء» ٣/ ٣٧٣، و«الهداية» ٣/ ١٣٨، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٢.



٢٥
كِتَابُ اللُّقَطَةِ



كتاب اللقطة[١]

يستحب أخذُ اللقطةِ ورفعُهَا خوفًا من أن تصل إليها يدٌ خائنةٌ، وأخذها أَفْضَلُ عند عامَّةِ العلماء، وإذا خاف ضياعها يجب الألتقاطُ علىٰ ما قالوا. كذا ذُكِر في «الهداية»[٢]؛ صونًا لأموال الناس عن الضياع. وذكر في «شرح القدوري» للأقطع.

وقد قال أصحابُنا[٣]: يستحب أخذُ اللقطةِ ولا يجب، ومن أصحاب الشافعي[٤] من قال: يجب إذا خاف ضياعها، ويستحب إذا لم يخف. وهٰذا لا يصح؛ لأنَّ كلَّ فعلٍ لو تركه لم يضمن به اللقطةَ فإنه لا يجب فيها أصلُ التعريف، فإن قيل: المقصودُ من أخذها الحفظُ، فإذا لم يأخذها فقد ضيَّع الحفظ. قيل له: يبطل بما إذا آمتنع من أخذ الوديعة، فقد ترك التزام الحفظ، والأخذ غير واجب. والمختار ما ذكره؛ لأن صونَ أموالِ الناسِ عن الضياع يثبت به الأستحبابُ، والتقاط اليدِ الخائنة مشكوكٌ فيه، بل الظاهر من المسلم العدالة وعدم التضييع.

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر وهو وجود معنى الألتقاط في كل منهما وهي كاللقيط في الأشتقاق والمعنىٰ.
واللقطة لغةً بفتحتين ما التقط من الشيء ومنه لقط المعدن وهي قطع ذهب توجد فيه، وبالضم ما التقطت من مكال ضائع.
«المصباح المنير» ص٣٣٠، و«مختار الصحاح» ص٥٣٥، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٨٣٤ مادة (لقط).

(٢) ٢/ ٤٧٠.

(٣) «المبسوط» ١١/ ٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٥، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٢، و«فتح القدير» ٦/ ١١٨-١١٩.

(٤) «المهذب» ١/ ٤٣٦، و«الوجيز» ١/ ٢٥٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٩٢-٤٩٣.

وقال بعض أصحابنا: إذا خاف علىٰ نفسه الطمعَ فيها وأنَّه لا يعرِّفها، فالأفضلُ الترك؛ صيانة لنفسه عن الوقوع (في المحرم)[1][2].

قال: (إذا أشهد الملتقطُ أنه يأخذها ليردها كان أمينًا ولم يشترط الإشهاد).

اللقطةُ أمانةٌ بشرطِ أن يشهد الملتقطُ أنه يأخذها ليحفظها فيردَّها علىٰ صاحبها، وإن لم يشهد ضمن. وهٰذا عند أبي حنيفة[3] ومحمد[3] رحمهما الله، وكذا في: «الهداية»[4] و«المنظومة»[5]، وفي «شرح الأقطع»: قول محمد[3] مثل قول أبي يوسف[3] إنه لا يضمن إذا لم يشهد. والقولُ قولهُ مع يمينِهِ أنه أخذها ليردها، ولو أقرَّ أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع؛ لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع، وإن تصادقا أنه أخذها ليردها لم يضمن بالإجماع؛ لأنَّ تصادقهما كالبينة، وجه قول أبي يوسف[3] رحمه الله أن الظاهر شاهدٌ له؛ لأن المسلمَ (إنما)[1] يختارُ الحسنةَ دون (المعصيةَ)[6] ظاهرًا؛ ولأنه مندوبٌ من قبل الشرع إلىٰ أخذها، فكان مأذونًا له فيه فلا يضمن أصله المودع وله حديث (يزيد)[7] بن

(١) من (ب).
(٢) «المبسوط» ١١/ ٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٥، و«الاختيار» ٣/ ٣٩، و«فتح القدير» ٦/ ١١٨-١١٩.
(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٤٠، و«الكتاب» ٥/ ٢٠٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٦، و«الاختيار» ٣/ ٣٩.
(٤) ٢/ ٢٧٠.
(٥) «المنظومة» لوحة (٦٣).
(٦) في (ب)، و(ج): (العصبة).
(٧) في (ب): (زيد).

الشخير[١] أن النبي ﷺ قال: «**من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، ولا يكتم، ولا يغيب، ولا يغير، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها**»[٢]. أمر بالإشهاد عند الأخذ فكان شرطًا في جواز الأخذ، فإذا أخذه لا علىٰ ذلك لم يكن الأخذ على الوجه المشروع فيكون غاصبًا، ولأنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعىٰ ما يبرئه عن الضمان وهو مشكوك فيه، والظاهر يعاضه ظاهر آخر، وهو تصرف الإنسان لنفسه إلَّا أن يعلم غيره، ويكفي في الإشهاد عليه أن يقول: من سمعتموه ينشدُ لقطةً فدلوه عليَّ[٣].

قال: (ويعرفها مدةً يغلب علىٰ ظنه أن صاحبها لا يطلبها (بعد ذلك)[٤] وهو الصحيح، وتعريف (ما دون عشرة دراهم أيامًا)[٥] وهي وما فوقها حولًا رواية).

ذكر القدوري[٦] هٰذِه الرواية، ومعنىٰ قوله: (أيامًا أي علىٰ حسب)[٤] ما يرى الملتقط.

---

(١) هو أبو العلاء، يزيد بن عبد الله بن الشخير العامري البصري، روىٰ عن أبي هريرة، وعائشة أم المؤمنين وغيرهما، وثقه النسائي وابن حبان وقال: مات سنة إحدىٰ عشرة ومائة.
انظر ترجمته في: «التاريخ الكبير» ٨/ ٣٤٥ (٣٢٦٤)، و«الجرح والتعديل» ٩/ ٢٧٤ (١١٥٤)، و«تهذيب الكمال» ٣٢/ ١٧٥ (٧٠١٤).

(٢) رواه أبو داود (١٧٠٩)، وأحمد ٤/ ١٦١-١٦٢، وابن حبان في «صحيحه» ١١/ ٢٥٦ (٤٨٩٤). وصححه الألباني في «صحيح سنن أبي داود» (١٥٠٣).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٤٠، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٦، و«الاختيار» ٣/ ٣٩.

(٤) طمس في الأصل، والمثبت من (ب).

(٥) في (ب): (ما دون العشرة أيامًا).

(٦) «الكتاب» ٢/ ٢٠٨.

ومحمد رحمه الله قدره في «الأصل» بحول من غير تفصيل بين القليل والكثير.

وهو قول الشافعي[١] رحمه الله، لقوله ﷺ في اللقطة: «**عرف عفاصها**[٢] **ووكاءها**[٣][٤] **ثم عرفها سنة**»[٥].

ووجه الأول: أنَّ الحديثَ ورد في لقطة كانت تساوي مائةَ دينار والعشرة فما فوقها في معنىٰ ذلك (في تعلق ٱستحلال)[٤] الفرج وقطع اليد بسرقتها، وليست في معناها في تعلق وجوب الزكاة، فكان التعريف فيها بالحول أخذًا بالاحتياط وما دون العشرة ليست في معنى الألف بوجه ما. فيفوض إلىٰ رأي من ٱبتلي به علىٰ أنه ورد فيه حديثُ عمرَ بن عبد الله[٦]، عن

---

(١) «مختصر المزني» ص١٣٥، و«الوجيز» ١/ ٢٥٣، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٧٤.

(٢) عفاصها: الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة. أو غير ذلك وهو من العفص وهو الثنىٰ والعطف وبه سمي الجلد الذىٰ علىٰ رأس القارورة عفاصًا وكذلك غلافها. «غريب الحديث» للهروي ٢/ ٢٠١، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣/ ٢٦٣.

(٣) ووكاءها: الخيط الذي نشد به الصرة والكيس.
«غريب الحديث» ٢/ ١٠٩، و«غريب الحديث» للهروي ٢/ ٢٠١، و«النهاية في غريب الحديث والأثر» ٣/ ٢٦٣.

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من (ب).

(٥) رواه البخاري (٢٤٢٧) ومسلم (١٧٢٢).

(٦) هو عمر بن عبد الله بن يعلىٰ بن مرة الثقفىٰ من أهل الكوفة منكر الرواية عن أبيه. روىٰ عن أنس وعرفجة والمنهال بن عمر وأبيه وحكيمة ٱمرأة يعلىٰ. روىٰ عنه الثوري والمسعودي وإسرائيل والمطلب بن زياد وأبو خالد الأحمر ومروان الفزاري.
قال أحمد وابن معين وأبي عقيل بن أبي طالب: عمر بن عبد الله بن يعلىٰ بن مرة ضعيف الحديث.
وقال أبو زرعة: ليس بقوي، فقلت ما حاله: قال أسأل الله السلامة. حكىٰ جرير عن زائدة أنه رآه يشرب الخمر.

جدَّته[١]، عن أبيها[٢] أنه ﷺ قال: «من التقط لقطة يسيرةً درهمًا أو حبلًا أو شبهه فليعرِّفها ثلاثة أيام»[٣].

فتبين بالحديثين أنَّ الحكمَ يختلف باختلافِ مقاديرِ اللقطة.

قال في «الهداية»[٤]: والصحيح /١١ب/ أن شيئًا من هٰذِه المقادير ليس بلازم، ويفوض إلىٰ رأي الملتقِطِ يعرِّفها إلىٰ أن يغلب علىٰ ظنَّه أن صاحبَها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها، وإن كانت اللقطةُ شيئًا لا يبقىٰ عرفها حتىٰ يخاف أن يفسد تصدق بها[٥].

والإشارة إلى الصحيح من الزوائد.

وروىٰ يحيىٰ بن معين عن أبي نعيم رأيت عمر بن عبد الله فما أستحل أن أروي عنه. انظر ترجمته في: «الجرح والتعديل» ٦/ ١١٨، و«العلل ومعرفة الرجال»١/ ٥١٤، و«المجروحين» ٢/ ٩١، و«الضعفاء الكبير» ٣/ ١٧٦-١٧٧.

(١) ذكرها المزي في ترجمة عمر بن عبد الله ٢١/ ٤١٨ وقال: جدته حُكيمة امرأة يعلىٰ بن مرة. اهـ
وعلىٰ هٰذا يكون قوله: (عن أبيها) وهم.

(٢) هو يعلىٰ بن مرة بن وهب الثقفي، أسلم وشهد مع النبي ﷺ الحديبية، وبايع بيعة الرضوان، وشهد خيبر والفتح وهوازن والطائف.
انظر ترجمته في: «الاستيعاب» ٤/ ١٤٩ (٢٨٤٧)، و«أسد الغابة» ٥/ ٥٢٥ (٥٦٤٤)، و«الإصابة» ٣/ ٦٦٩ (٩٣٦١).

(٣) رواه أحمد ٤/ ١٧٣، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» ٦/ ١٩٦.
قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ١٦٩: رواه أحمد من طريق عمرو بن عبد الله بن يعلىٰ، فإن كان عمرو فلا أعرفه، وإن كان عمر فهو ضعيف.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٧١.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١٣٩-١٤٠، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٨، و«المبسوط» ١١/ ٤١٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٨.

قال: (ثم يتصدق بها إن شاءَ، فإن جاء صاحبها فأمضاها، وإلَّا ضمن الملتقط أو المسكينُ إن شاءَ، وإن كانت قائمةً أخذها منه).

إذا عرَّفها المدةَ التي يغلب علىٰ ظنِّه أنَّ صاحبها لا يطلبها فهو مخيرٌ بين أن يحفظها حسبة ورجاء الظفر بصاحبها، وبين أن يتصدق بها عنه؛ لأنَّ الواجبَ إيصالُ الحق إلىٰ من هو له بقدرِ الإمكان، وذلك بإيصال العين عند الظَّفر بالمالك أو إيصالُ العوضِ وهو ثوابُ الصدقة على ٱعتبارِ إجازة التصدق بها، فإن جاء المالكُ بعد التصدقِ لا يخلو إما أن يمضي الصدقة فيكون له ثوابُها، وإما أن يضمن، وإنَّما كان مخيرًا بين التضمين والإمضاء؛ لأنَّ الصدقة وإن أَذِنَ الشرع فيها فإنها لم يأذن فيها المالك فيتوقف على الإجازة، وإن لم يُجز الصدقة فله تضمين الملتقط؛ لأنه سلم ماله إلىٰ غيره بغير إذنه، وإن كان بإذن الشرعِ إلَّا أن إذنه مبيح، وأنه لا ينافي الضمان باعتبار حق العبد، ألا ترىٰ أن الشرع أذن في تناول مال الغير بغير إذنه حالة المخمصة[1]، ثم لا ينافي الضمان وإن شاء ضمن المسكين، معناه: إذا هلك في يده؛ لأنه قابضٌ لماله بغير إذنه وإن كان قائمًا في يده أخذه إن شاء؛ لأنه عينُ ماله وأيُّهما ضمن لا يرجع علىٰ أحدٍ. أما الملتقط فلأنه ملكها من وقت التصدق فيكون متصدقًا بماله فلا يضمن غيره، وأما الفقير فلأنه عوض ما وصل

---

(١) المَخْمَصَة: المَخْمَصَة المَجَاعَة، وهي مَصْدر كالمَغْضَبةِ والمَعْتَبة، وَخَمُصَ الشَّخْصُ خُمْصًا فَهُوَ خَمِيصٌ إِذَا جَاعَ.
«لسان العرب» ٧/ ٢٩، و«المصباح المنير» ٣/ ١٣٨، و«مختار الصحاح» ص٩٣.

إليه[1]، وتضمين المسكين وأخذها قائمة من الزوائد.

قال: (وإن أتلف العبد ما التقطه قبل التعريف ببيع أو فدىٰ أو بعده طولب به للحال ولم يؤخروه إلىٰ عتقه).

عبدٌ التقط لقطةً فلم يعرِّفها وأتلفها ثم جاء صاحبُها يؤاخذ المولىٰ بقضاءِ ضمانها أو ببيعه كما في سائر إتلافات العبد وهٰذا بالإجماع[2]، وإن أتلفها بعد تعريفها المدة المشروطة ثم جاء مالكها لم يطالبه بها في الحال عند مالك[3] رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه صرف ذلك إلىٰ نفسه وهو محتاجٌ إليه بإذن صاحب الشرع بشرط الضمان، وهٰذا ضمان يخصه فيطالب به بعد العتق، وعندنا يطالب به في الحال فيفديه المولىٰ أو يبيعه؛ لأنَّه ضمانُ ٱستهلاكٍ فيظهر في حق المولىٰ بالفداء أو بالبيع في الضمان[4].

والمسألة من الزوائد.

قال: (ويجوز للفقير أن ينتفع بها).

لأنَّ في ذلك نظرًا من الجانبين، ولهٰذا جاز الدفع إلىٰ فقير آخر غيره[1].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٤٠، و«الهداية» ٢/ ٤٧١، و«الاختيار» ٣/ ٤٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٩.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢١١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٣، و«الاختيار» ٣/ ٤٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٧٠.

(٣) «التفريع» ٢/ ٢٧٣، و«الكافي» لابن عبد البر ص٤٢٧، و«بداية المجتهد» ٢/ ٥٥٢.

(٤) «المنظومة» لوحة (١٤١).

قال: (ولا نجيزه للغني).

لا يجوز للملتقط الغني أن ينتفع باللقطة عندنا[١]، وقال الشافعي[٢]: يجوز لحديث أُبي: « **فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها** »[٣]، وكان من المياسير.

ولنا: إن إطلاق النصوص يمنع انتفاع الغير بمال الغير بغير رضاه، والإباحة للفقير لما روينا من الأمرِ بالتصدق أو بالإنتفاع. وما رواه من انتفاع أبي فكان بإذنه ﷺ، وانتفاع الغني بإذن الإمام يجوز، ولأنه كان فقيرًا. وقوله: ﷺ: « **اخلطها بمالك** »[٤] لا يثبت به غناؤه، بجواز أن يملك ما هو دون النصاب[٥].

قال: (ولا يتصدق بها عليه).

يعني: على الغني؛ وهذا لأن المأمور به إنما هو التصدق[٥]؛ لقوله ﷺ: « **فإن جاء صاحبها وإلا فتصدق بها** »[٦] والصدقة على الغي لا تجوز، فأشبه الصدقة المفروضة.

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٥-٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٠٨.

(٢) «الأم» ٤/ ٦٧، و«حلية العلماء» ٥/ ٥٣٠، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٧٦، و«شرح مختصر التبريزي» ص٢٨١.

(٣) رواه البخاري (٢٤٢٦) كتاب اللقطة، باب: إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه، ورواه مسلم (١٧٢٣) كتاب اللقطة، بنحوه.

(٤) رواه البخاري (٥٢٩٢) كتاب الطلاق، باب: حكم المفقود في أهله وماله.

(٥) «المبسوط» ١١/ ٥-٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٠٨.

(٦) رواه الطبراني في «الأوسط» ٢/ ٣٥٣ (٢٢٠٨)، و«المعجم الصغير» ١/ ٦٢، ورواه الدارقطني في «سننه» ٤/ ١٨٢، قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ١٦٨: رواه الطبراني

قال: (ويجوز أن يتصدق بها الغنىٰ علىٰ أهله الفقراء).

لأنَّ في ذلك نظرًا من الجانبين[١].

قال: (ويجوز في الشاة والبقر والإبل والفرس).

قال في «شرح الأقطع»: إن الخلاف في جواز الٱلتقاط مع الشافعي[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وذكر في «الهداية»[٣]: أن الخلاف في أن الترك هو الأولىٰ عنده؛ لحديث خالد الجهني[٤]: جاء رجل إلىٰ رسول الله ﷺ فسأله عن

في «الصغير» و«الأوسط» وفيه يوسف بن خالد السمتي، وهو كذاب.

(١) «المبسوط» ١١/ ٥-٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٣٨٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧٠٨.

(٢) «الأم» ٤/ ٦٨، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٦٥، و«مغني المحتاج» ٢/ ٤٠٩.

(٣) ٢/ ٤٧١.

(٤) خالد بن زيد، ويقال: بن يزيد الجهني. ذكره البخاري وأبو حاتم وغير واحد فيمن ٱسمه خالد بن زيد، وفرقوا بينه وبين خالد بن زيد بن خالد الجهني الذي يروي عن أبيه في اللقطة، ويروي عنه: عبد الله بن محمد بن عقيل، وذكر الحافظ أبو بكر الخطيب في كتابه «الموضح لأوهام الجمع والتفريق»: (أن البخاري وهم في التفريق بينهما وكانت حجته في ذلك أن رواه بإسناده عن أبي سلام عن خالد بن زيد الجهني رواه من حديث عبد الله بن المبارك وعيسىٰ بن يونس عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن أبي سلام وليس في ذلك حجة علىٰ ما ٱدّعاه لأنه لم ينسب في الحديث إلىٰ جده إنما نسب إلىٰ أبيه خاصة ثم إلى القبيلة وليس في ذلك ما يمنع أن يكونا ٱثنين، ويؤكد ذلك أن أبا داود رواه في كتاب الجهاد من سننه عن سعيد بن منصور عن ابن المبارك بإسناده، وقال فيه عن خالد بن يزيد بزيادة ياء في ٱسم أبيه هكذا وقع في رواية أبي الحسن بن العبد وغير واحد عن أبي داود.

توفي بالمدينة سنة ثمان وستين وهو ابن خمس وثمانين . وقيل: بل مات بمصر سنة خمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة وقيل توفي بالكوفة في آخر خلافة معاوية وقيل:

اللقطة، فقال: «**اعرف عفاصها ووكاءها، وعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**». قال: فضالة الغنم؟ قال: «**خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب**». فقال: يا رسول الله، فضالة الإبل؟ فغضب ﷺ، وقال: «**مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر، دعها حتىٰ يلقاها ربُّها**»[1]، فمنع ﷺ من أخذها، وفي معناها البقر والفرس. وهٰذا دَلَّ علىٰ عدم الجواز، ووجه أولوية الترك: أن الأصل في مالِ الغيرِ الحرمةُ، والإباحة لخوف الضياع، فإذا كان معها ما تدفع به عن نفسها قل ضياعها، ولكنه يتوهم فيقضىٰ بالكراهةِ ويندب إلى التركِ.

ولنا[2]: حديثُ عياض بن حمار[3] أنَّه ﷺ سُئِلَ عن الضالة، فقال:

توفي سنة ثمان وسبعين وهو ابن خمس وثمانين سنة وقيل سنة اثنتين وسبعين وهو ابن ثمانين سنة.

انظر ترجمته في: «الاستيعاب» ١/ ١٦٣، و«أسد الغابة» ١/ ٣٩٧، و«الإصابة» ٧/ ٢٩٠، و«الطبقات الكبرىٰ» ٤/ ٣٤٤، و«تهذيب الكمال» ٨/ ٦٣-٧٤، و«تهذيب التهذيب» ٣/ ٨٠.

(١) رواه البخاري (٩١) كتاب العلم، باب: الغضب في الموعظة ورواه مسلم (١٧٢٢) كتاب اللقطة.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٤٠-١٤١، و«الكتاب» ٢/ ٢٠٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٥-٣١٦، و«الاختيار» ٣/ ٤١.

(٣) هو عياض بن حمار بن محمد بن سفيان بن مجاشع بن دارم بن مالك بن حنظلة بن مالك بن زيد مناة بن تميم وفد على النبي ﷺ قبل أن يسلم ومعه نجيبة يهديها إلىٰ رسول الله ﷺ فقال: أسلمت، قال: لا، قال: إن الله نهانا أن نقبل زبد المشركين، قال: فأسلم فقبلها رسول الله ﷺ، فقال: يا نبي الله الرجل من قومي من أسفل مني يشتمني أفأنتصر منه؟ فقال: المستبان شيطانان يتكاذبان، وروي عنه أيضا غير ذلك ثم نزل البصرة فروىٰ عنه البصريون. انظر ترجمته في: «الطبقات الكبرىٰ» ٧/ ٣٦.

«عرِّفها فإن وجدتَ صاحبَهَا وإلَّا فهي مال الله»[(١)]، والأصل هو الحمل على الإطلاق؛ ولأنَّها لقطةٌ يتوهم ضياعُها فيستحب أخذها وتعريفها؛ صيانةً لأحوال الناسِ عن الضياع كما في الشاة. وفيما رواه حكمُ ضالةِ الإبل عند كونها محفوظةً، وخصوصًا في زمنه عليه الصلاة السلام، عند غلبة الأمانة، فلم تكن جهة الخوف عليها إلَّا من الأفتراس لا من أيدي الناس، بخلاف زماننا هٰذا، لغلبة الخيانة، وقلة الأمانة، والضياع متوقَّع غالبًا، والخلاف في المسألة موضوع فيما إذا غلب على الظن ضياعها، (وقد دلَّ علىٰ ذلك بما بينه في الشاة، ونبه به علىٰ حكم ضالة الإبل حالة الخوف /١٢أ/ عليها مع ما رويناه، فالأخذ صيانة)[(٢)] لحفظ مال المسلم أولىٰ، ونحن قد أسقطنا هٰذا الخلافَ المذكورَ من المتن. وتحرير مذهب الشافعي[(٣)] ﷺ ما ذكره صاحب «الوجيز»[(٤)(٥)] فقال:

---

(١) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٣٦.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) ذكره النووي في «روضة الطالبين» ٤/ ٤٦٥.

(٤) هو الشيخ العلامة محمد بن أحمد الطوسي، الإمام الجليل، حجة الإسلام، أبو حامد الغزالي، الفقيه الشافعي، الأصولي، والغزالي: نسبة إلىٰ غزل الصوف، وقيل نسبه إلىٰ قرية (غزالة) من قرىٰ (طوس)، ولد بطوس سنة (٤٥٠هـ)، له مصنفات جليلة من أهمها: «الإحياء»، و«البسيط»، و«الوسيط»، و«الوجيز» في الفقه، و«المستصفىٰ» في الأصول، توفي بطوس يوم الأثنين رابع عشر من جمادي الآخرة سنة (٥٠٥هـ). «المنخول»، و«شفاء الغليل».
انظر ترجمته في: «المنتظم» ٩/ ١٦٨-١٧٠ (٢٧٧)، و«الكامل في التاريخ» ١٠/ ٤٩١، و«وفيات الأعيان» ٤/ ٢١٦-٢١٩ (٥٨٨)، و«سير أعلام النبلاء» ١٩/ ٣٢٢-٣٤٦ (٢٠٤)، و«الوافي بالوفيات» ١/ ٢٧٤-٢٧٧ (١٧٦)، و«طبقات الإسنوي» ٢/ ٢٤٢ (٨٦٠)، و«شذرات الذهب» ٤/ ١٠.

(٥) يقصد به النووي لأن النص منقول بأكمله دون زيادة أو نقصان من «روضة الطالبين»

الحيوان صنفان: أحدهما: ما يمتنع من صغار السباع بفضل قوته كالإبل والخيل والبغال والحمير، أو لشدة عدوه كالأرانب والظباء المملوكة، أو بطيرانه كالحمام، فإن وجدها في مفازةٍ فللحاكم ونوابه أخذُها للحفظ. وفي جواز أخذها للآحاد للحفظ وجهان: أصحهما جوازه، وهو المنصوص؛ لئلا يأخذها خائنٌ فتضيع، وأما أخذها للتملك فلا يجوز لأحد، فمن أخذها للتملك ضمنها ولا يبرأ عن الضمان بالرد إلىٰ ذلك الموضع، فإن دفعها إلى القاضي برىء على الأصح، وإن وجدها في بلدة أو قرية أو في موضع قريب منها فوجهان أو قولان: أحدهما: (لا يجوز)[١] التقاطها للتملك كالمفازة. وأصحهما: جوازه؛ لأنها في العمارة تضيع بتسلط الخونة. وقيل: يجوز قطعًا. وقيل: لا يجوز قطعًا. هٰذا إذا كان الزمان زمان أمن، وأما (إذا كان)[٢] في زمان النهب والفساد فيجوز التقاطها قطعًا، سواء وجدت في الصحراء أو العمران[٣].

(والصنف الثاني: ما لا يمتنع من صغار السباع كالكسير والغنم والعجول والفصلان: فيجوز التقاطها للتملك، سواء وجدت في المفازة أو العمران)[٤]، وفي وجه لا يؤخذ ما وجد في العمران، والصحيح المعروف أنه لا فرق[٥].

وليس من «الوجيز». ينظر: «روضة الطالبين» ٤/ ٤٦٥.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) من (ج).

(٣) «روضة الطالبين» ٤/ ٤٦٥.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) «روضة الطالبين» ٤/ ٤٦٥.

قال: (فإن أذن له الحاكم في النفقة (كان دينًا علىٰ صاحبها)[(١)] وإلَّا كان متبرعًا).

أما إذا لم يأذن له الحاكمُ فلأنَّ ولايتَه قاصرةٌ عن ذمةِ المالك، وأمَّا إذا أذن له في ذلك فللحاكم الولايةُ في مالِ الغائبِ نظرًا له، وقد يكون النظرُ في الأمر بالاتفاقِ علىٰ ما نفصله[(٢)].

قال: (ويؤجرها الحاكم وينفق عليها من الأجره إن كان لها منفعة، وإلَّا باعها إن كان أصلح وحفظ عنها، (وإن رأى الإنفاق مدةً قصيرةً أصلح أمره به)[(٣)].

أما الأولُ: وهو ما إذا كان للبهيمة الضالةِ (منفعة فإن)[(٤)] الحاكم يؤجرها وينفق عليها من أجرتها لما في ذلك من المصلحة، وهو إبقاء العين علىٰ ملك المالك من غير الدين بالنفقة[(٥)].

وأما الثاني: فلأنه إذا لم يكن فيها منفعةٌ وكان الأصلحُ بيعها باعها وأمر بحفظ ثمنها؛ لأن ذلك إبقاء الضالةِ علىٰ ملكه معنىٰ حيث تعذر الإبقاء صورةً؛ لعدم المصلحة في ذلك حيث تستغرق النفقة قيمتها ولا منفعةَ لها تقوم بأداء ذلك[(٥)].

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٤٠، و«المبسوط» ١١/ ٩، و«شرح فتح القدير» ٦/ ١٢٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٥.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) غير واضحة في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) «الكتاب» ٢/ ٢٠٩، و«المبسوط» ١١/ ١٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣١٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٦٨.

قال: (وإن رأى الإنفاق مدة قصيرة أصلح، أمر به).

إذا رأى الحاكم المصلحةَ في الإنفاق عليها إذن في ذلك. قالوا[١]: إنما يأمر به يومين أو ثلاثة علىٰ حسب ما يراه؛ رجاء أن يظهر مالكها، فإن لم يظهر في تلك المدة أمر ببيعها وحفظ ثمنها؛ لأن النفقة علىٰ وجه الاستمرار تستأصل قيمتَها فلا يكون في ذلك نظرًا للمالك، فلهذا زاد هٰذا القيد، أعني المدةَ القصيرةَ. وقيل: شرط الأمر بالإنفاق أن يقيم البينة، وهٰذا صحيحٌ لجواز أن يكون في يده غصبًا، وفي الغصب لا يؤمر بالإنفاق، وإنما يؤمر بالوديعة، فالبينة لكشف الحال لا للقضاء، وإن قال: ليست لي بينةٌ. قال له القاضي: أنفق عليها إن كنت صادقًا فيما قلت ليمكنه الرجوع على المالك إن كان صادقًا، ولا يرجع إن كان غاصبًا[١].

قال: (وجعلها دينًا فيحبسها لاستبقائها).

في لفظ الجعل إشارة إلىٰ أنه لا يرجع على المالك إذا حضر، ولم تبع الدابة إذا شرط له القاضي الرجوع كما بيَّنا في اللقيط، وهٰذِه روايةٌ وهي الصحيحةُ.

معنى الحبس للاستبقاء: أن المالك إذا حضر وطلب اللقطةَ كان للملتقط أن يمنعه منها حتىٰ يحضر النفقة؛ لأن الملتقط أحيا اللقطة بالنفقة، فصار كأنه استعاد الملك من جهته فأشبه المبيع، ولا تسقط النفقةُ لو نفقت الدابةُ قبل الحبس، وتسقط لو نفقت بعد؛ لأنه بالحبس يشبه الرهن[٢].

---

(١) «المبسوط» ١١/٩-١٠، و«الاختيار» ٣/٤١-٤٢، و«فتح القدير» ٦/١٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٢٨٢.

(٢) «الكتاب» ٢/٢١٠، و«بدائع الصنائع» ٦/٣١٩، و«الهداية» ٢/٤٧٢، و«مجمع

قال: (وإذا ادعاها لم تدفع إليه إلَّا ببينة ويحل له دفعها إليه بذكر علامة ولا يجبر).

إذا حضر رجلٌ وادَّعى اللقطةَ لم تدفع إليه إلَّا إذا أقام البينة، فإن أعطىٰ علامةً فيها حل للملتقط أن يدفعها إليه من غير أن يجبر علىٰ ذلك في القضاء، والعلامة مثل: أن يسمي وزن الدراهم أو يذكر عددها ووعاءها ووكاءها.

وعن مالك[(١)] والشافعي[(٢)] رضي الله عنهما الإجبار علىٰ ذلك بذكر العلامة؛ لأنَّ المنازعةَ في اليد دون الملك فيشترط ذكرُ الوصفِ لوجود المنازعة من وجه، ولا تشترط البينة؛ لعدم المنازعة من وجه.

ولنا[(٣)]: أنَّ اليد مقصودة كما يقصد الملك فلا تستحق اليدُ إلَّا بحجةٍ شرعيةٍ، وهي البينة اعتبارًا لليد بالملك، إلَّا أنَّ حلَّ الدفعِ إليه بما ورد من الحديث وهو قوله ﷺ: « **فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه** »[(٤)] وهٰذا الأمر للإباحة جمعًا بينه وبين قوله ﷺ في الحديث المشهور: « **البينة على المدعي** »[(٥)].

الأنهر» ١/ ٧٠٧.

(١) «التلقين» ٢/ ٤٥٠، و«المعونة» ٢/ ٢٦٣، و«بداية المجتهد» ٢/ ٥٤٨.

(٢) «الأم» ٤/ ٦٦-٦٧، و«التنبيه» ص١٣٢، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٧٧.

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢١١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٣، و«الاختيار» ٣/ ٤٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٦.

(٤) رواه البخاري (٢٤٣٧)، ومسلم (١٧٢٣/ ٩) من حديث سويد بن غفلة.

(٥) رواه الترمذي (١٣٤١) والدارقطني ٤/ ١٥٧ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال الترمذي: في إسناده مقال.

قال: (ونسوي بين لقطة الحل والحرم).

ذكر الخلاف (في: «الهداية»[١] أنَّ)[٢] مذهب الشافعي[٣] رَحِمَهُ اللهُ: وجوب التعريف في لقطة الحرم إلىٰ أن يجيء صاحبُها لقوله ﷺ في الحرم: « **لا تحل لقطتها إلَّا لمنشدها** »[٤].

ولنا: قوله ﷺ: « **اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة** »[٥] من غير فصل؛ ولأن في التصدق بها بعد مضي المدة التي يجب التعريفُ فيها /١٢ب/ إبقاء الملك للمالك من وجه فتملك ٱعتبارًا بلفظ الحلِّ، وتأويل ما رواه أنه لا تلتقط إلَّا للتعريف، والتخصيص بالحرمِ نفيٌّ لما يتوهم من سقوط التعريف بناء علىٰ أنه للغرباء ظاهرًا.

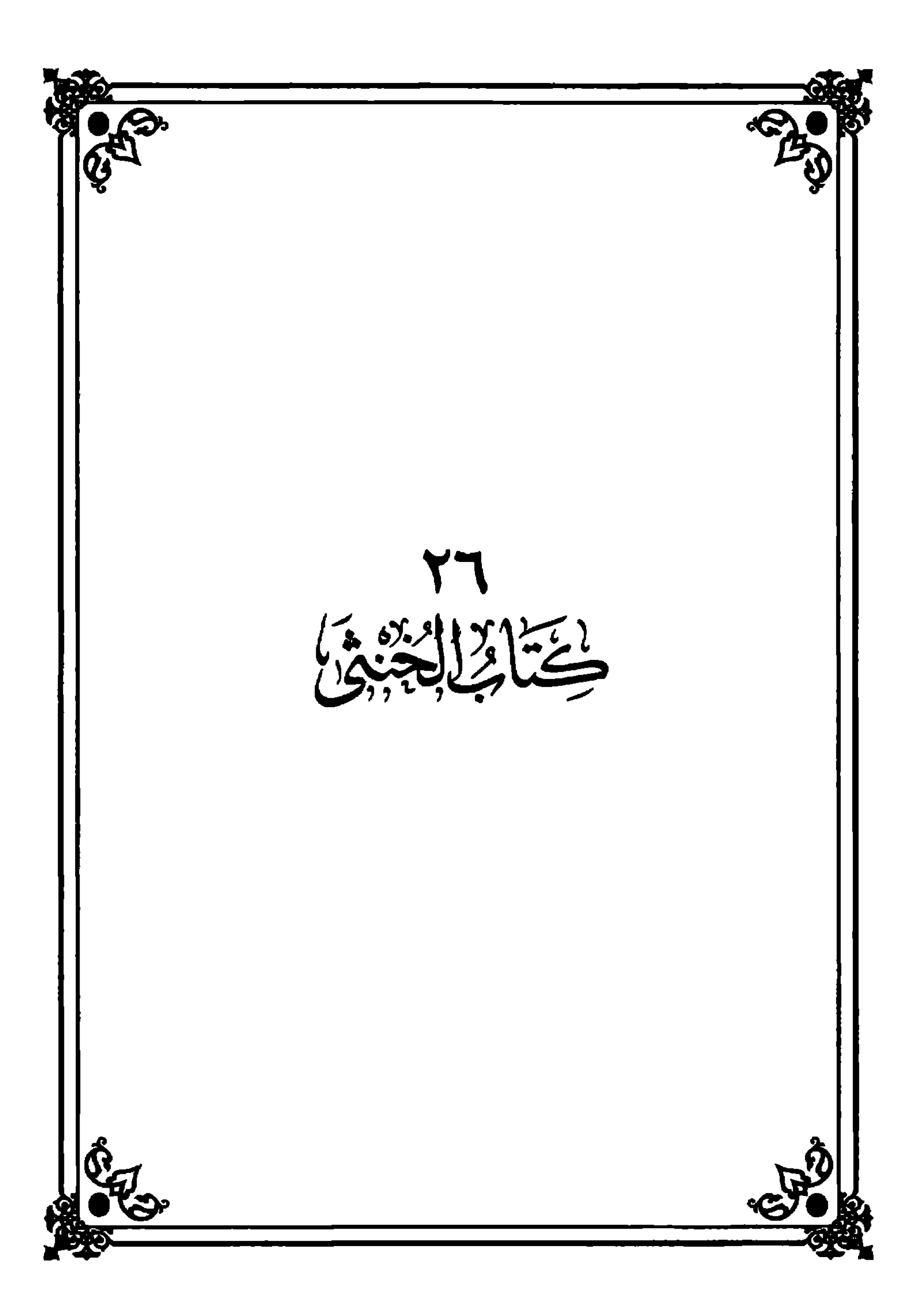
(١) «الهداية» ٢/ ٤٧٢.

(٢) غير واضحة في الأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «الوجيز» ١/ ٢٥٣، و«التنبيه» ص١٣٢، و«روضة الطالبين» ٤/ ٤٧٦-٤٧٧.

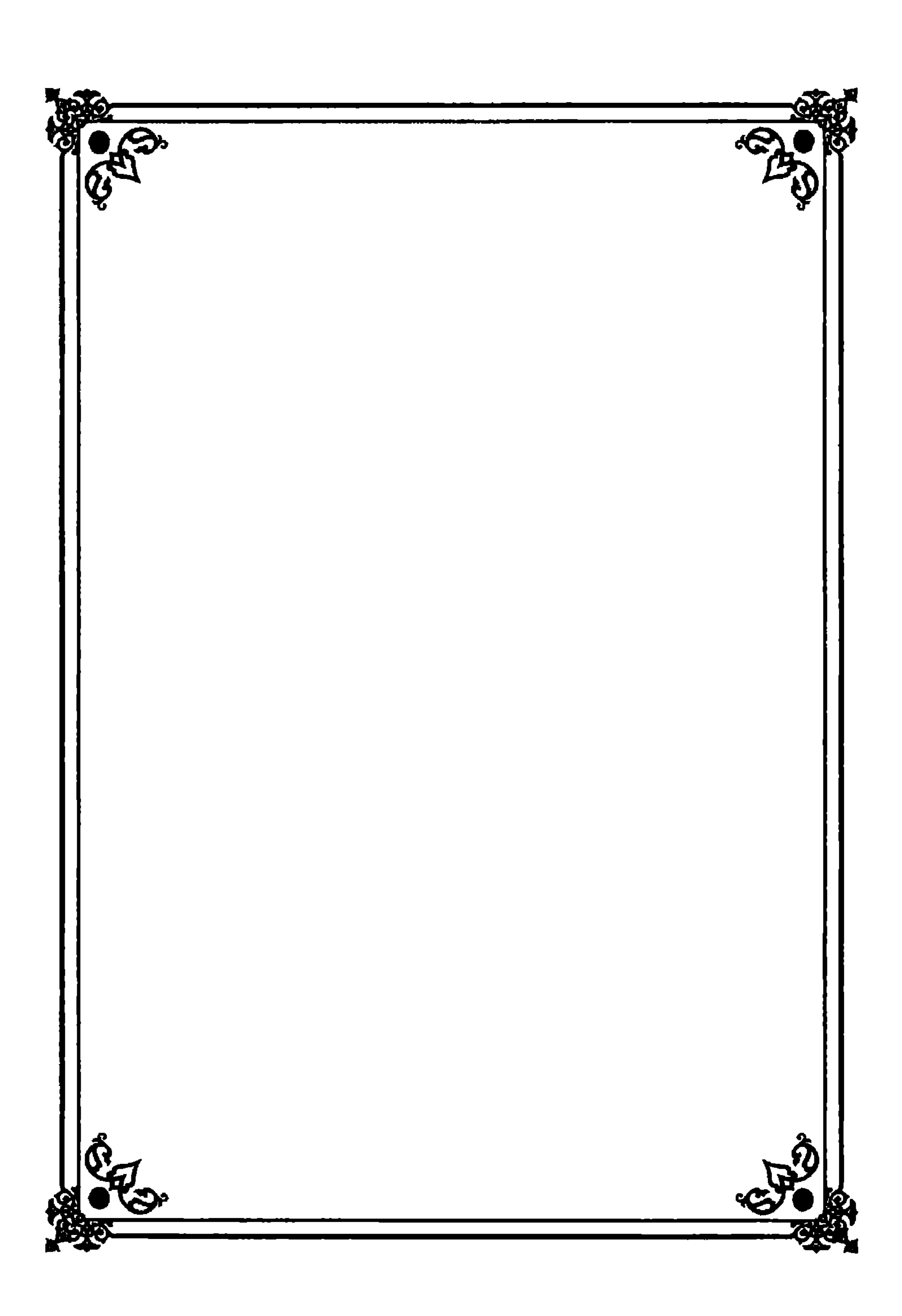
(٤) رواه البخاري (٢٤٣٣)، ومسلم (١٣٥٣).

(٥) رواه البخاري (٢٣٧٢)، ومسلم (١٧٢٢) (١).



٢٦

كِتَابُ الخُنثَى



كتاب الخنثى[١]

قال: (إذا كان للمولود فرجان فبال من أحدهما أو سبق اُعتبر به وإن كانا معًا فهو مشكلٌ واعتبر بالأكثر).

الخنثىٰ مشتق من التخنث: وهو التكسر[٢]؛ سمي به لأنه نقص حاله عن حال الرجال، وزاد على النساء، بأن جمع الآلتين، فإن بال من الذكر كان غلامًا، أو بال من الفرج كان أنثىٰ؛ لأنه ﷺ سُئِلَ عنه: كيف يورث؟ فقال: «من حيثُ يبول»[٣]، ولأن البول دليل علىٰ أن العضو الذي يخرج منه هو العضو الصحيح والآخر عيبٌ فينسب إلى الصحيح، وإن بال منهما جميعًا إلَّا أنه يسبق من أحدهما نسب إلى الأسبق منهما؛ لأن السبق دليل قوة العضو وأصالته، وإن كانا في السبق سواء قال أبو حنيفة[٤] رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ: هو خنثىٰ مشكل.

وقالا[٤]: يعتبر الأكثر منهما بولًا فينسب إليه؛ لأن الكثرة دلالة أصالة العضو وقوته فيجوز أن يعتبر به؛ ولأن الأكثر محلٌّ حكمي فجاز أن

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث وجود معنى التوقف فيٰ كل منهما أما اللقطة: فان أمرها موقوف إلىٰ ظهور صاحبها وعند عدم التبين تظهر أحكامها. وأما الخنثىٰ: فكذلك أمره موقوف إلىٰ أن يتبين حاله. وعند عدم التبين تظهر أحكامه.
«المستجمع شرح المجمع» / ٧٨٢.

(٢) «لسان العرب» ٢/ ١٤٥. مادة (خنث).

(٣) رواه ابن عدي في «الكامل» ٧/ ٢٨٠ ترجمة (١٦٢٦) والبيهقي ٦/ ٢٦١ وفيه محمد بن السائب الكلبي، لا يحتج به، وانظر «تلخيص الحبير» ١/ ١٢٨ .

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢١٢، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢١٥، و«الهداية» ٤/ ٦٢٠، و«الاختيار» ٣/ ٤٧.

يرجح[١]، وله أن الكثرة لا تدل على القوة؛ لجواز أن يكون لضيق مخرج أحدهما وسعة الآخر، وإن كانا في السبق والفراغ سواءً فهو خنثىٰ مشكل بالإجماع لعدم وجود المرجح.

قال: (وإذا بلغ فظهرت أمارات الرجال أو النساء ٱعتبر بها وإن لم تظهر أو تعارضت كان مشكلًا فيؤخذ فيه بالأحوط، فيقدم علىٰ صف النساء، فإن صلىٰ معهن أعاد أو مع الرجال أعاد من عن يمينه وشماله وخلفه ويصلي بقناع، ويجتب لبسَ الحرير والتحلي، ولا يخلو به غير محرم، ولا يسافر إلَّا معه، وتختنه أمةٌ تشترىٰ له من ماله وإلا فمن بيت المال ثم تباع، ولو ورث مع ابن فهو أنثىٰ، وقالا: له نصفُ ميراثي ذكر وأنثىٰ، فيعطيه ثلاثة أسهم من سبعة لا خمسة من ٱثني عشر، وإذا مات يمم وكفن كالمرأة).

الخنثىٰ إذا وجدَ فيه إحدى الأمارات بعد البلوغ فإنه ينسبُ إلىٰ تلك الأمارة، فإذا بلغ فخرجت له لحية، أو وصل إلى النساء، أو ٱحتلم كالرجال أو كان له ثدي كثديهم فهو رجل، وإن ظهر له ثدي كثدي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حبل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو ٱمرأة، وإن أشكلت حاله إما لعدم هٰذِه الأماراتِ أو لتعارضها أخذ فيها بالاحتياط في أمور الدين، فإذا أراد أن يصلي

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢١٢، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢١٥، و«الهداية» ٤/ ٦٢٠، و«الاختيار» ٣/ ٤٧.

وقف بين صف الصبيان والنساء؛ لاحتمال أنه ٱمرأة فلا يتخلل الرجال فيُفسد صلاتهم، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته، فإن قام في صف النساء فالأحب أن يعيد صلاته أخذًا بالاحتياط؛ لاحتمال كونه رجلًا، وإن أقام مع الرجال أعاد الصلاةَ ثلاثةٌ الذي علىٰ يمينه والذي علىٰ شماله والذي وراءه ٱحتياطًا؛ لاحتمال كونه ٱمرأة، وكذلك يصلي بقناعٍ لاحتمال كونه ٱمرأة، ويجلس في صلاته جلوس المرأة، فإنه إن كان رجلًا فقد ترك سنه، وإن كان ٱمرأة فقد ٱرتكب مكروهًا؛ لأن مبنىٰ حالهن على الستر، وإن صلىٰ بغير قناع فالأحب أن يعيد لاحتمال كونه ٱمرأة، وكذلك يجتنب لبس الحرير ويجتنب التحلي؛ لاحتمال كونه رجلًا، وكذلك الحكمُ في السفر والخلوة؛ ٱحترازًا عن (المحرم[1]).

وهٰذِه الفروع)[2] من قوله: فيؤخذ فيه بالأحوط إلىٰ هٰهنا من الزوائد.

وإذا أراد الأختتان وله مال يبتاع له أمة تختنه، وإن (لم يكن له مال يبتاع من بيت المال)[3]؛ لأنه لا يجوز أن يختنه رجل ولا ٱمرأة للاحتياط، وإنما تُشترىٰ من بيت المال؛ لأنه معدٌّ لمصالح المسلمين، ويجوز لأمته النظر إلىٰ عورته رجلًا كان أو ٱمرأة، فإذا ختنته بِيْعَت ورُدَّ ثمنُها في بيت المال إن كان الشِّرىٰ منه[4]، ولو حلف بطلاقٍ أو عتاقٍ إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فولدت خنثىٰ لم يقع حتىٰ يستبين حاله؛

---

(١) «المبسوط» ٣٠/ ١٠٤-١٠٦، و«الهداية» ٤/ ٦٢١، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٣٨.

(٢) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب).

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(جـ).

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢١٣، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢١٥-٢١٨، و«شرح فتح القدير» ١٠/ ٥١٨-٥١٩، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣٩.

لأن الحنث لا يثبت بالشك[١]، وكذلك لو قال: كل عبد لي حرٌّ. أو قال: كل أمة لي حرة. وله مملوك خنثىٰ لم يعتق لوقوع الشك فيه[١].

فلو قال الكلامين معا عُتق للتيقن لوجود أحدهما، فإن ورث مع ابن فهو أنثىٰ عند أبي حنيفة[٢]، للابن سهمان وله سهم.

وقالا[٢] (أبو يوسف ومحمد رحمهما الله)[٣]: له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثىٰ، وهٰذا قول الشعبي[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٥]. واختلفوا في قياس قوله، فقال محمد[٥]: المال بينهما على اثني عشر سهمًا للابن سبعةٌ وللخنثىٰ خمسة.

---

(١) «المبسوط» ٣٠/ ١٠٩-١١٠، و«الهداية» ٤/ ٦٢١، و«الاختيار» ٣/ ٤٩، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٤١.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢١٣-٢١٥، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢١٦-٢١٨، و«الهداية» ٤/ ٦٢٢-٦٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٤٣.

(٣) من (ب).

(٤) هو عامر بن شراحيل، وقيل: ابن عبد الله بن شراحيل وقيل: ابن شراحيل بن عبد، الشعبي، أبو عمرو الكوفي ابن أخي قيس بن عبد من شعب همدان، وأمه من سبي جلولاء، ولد لست سنين خلت من خلافة عمر بن الخطاب، على المشهور، وكان إمام أهل عصره في الحديث والفتيا والفقه، وغيرها. روىٰ عن: جمع كبير من الصحابة. قال الزهري: العلماء أربعة: سعيد بن المسيب بالمدينة، وعامر الشعبي بالكوفة، والحسن بن أبي الحسن بالبصرة، ومكحول بالشام .

انظر ترجمته في: «طبقات ابن سعد» ٦/ ٢٤٦- ٢٥٦، و«طبقات خليفة» ص١٥٧، و«التاريخ الكبير» ٦/ ٤٥٠، ٤٥١ (٢٩٦١)، و«التاريخ الصغير» ١/ ٢٤٣، و«الجرح والتعديل» ٦/ ٣٢٢- ٣٢٤ (١٨٠٢)، و«وفيات الأعيان» ٣/ ١٢- ١٥ (٣١٧)، و«تهذيب الكمال» ١٤/ ٢٨- ٤٠ (٣٠٤٢)، و«سير أعلام النبلاء» ٤/ ٢٩٤- ٣١٩ (١١٣).

(٥) «الكتاب» ٢/ ٢١٣-٢١٥، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢١٦-٢١٨، و«الهداية» ٤/ ٦٢٢-٦٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٤٣.

وقال أبو يوسف[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ: المال بينهما علىٰ سبعة أسهم، للابن أربعة، وللخنثىٰ ثلاثة؛ لأنَّ الأبنُ لو ٱنفرد يحرز المال كله، والخنثىٰ لو ٱنفرد فله ثلاثة الأرباع، فإذا ٱجتمعا ضرب للابن أربعة أسهم وهو بثلاثة أسهم فتكون سبعة.

ولمحمد[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الخنثىٰ لو كان ذكرًا يقسم المال بينهما نصفين، ولو كان أنثىٰ قسم المال بينهما أثلاثًا. فاحتجنا إلىٰ حساب، له ثلث ونصف وأقلُّه ستة، ففي حال له النصف وفي حال له الثلث سهمان، وللابن أربعةٌ فسهمان له ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف، فيكون له سهمان ونصف، وإذا ٱنكسر (ضوعف الحساب ليزول)[(٢)] الكسر فصار الحساب من ٱثني عشر، للخنثىٰ خمسةٌ، وللابن سبعةٌ وله أن المتيقن هٰهنا سهمُ الأنوثة؛ لأن الحاجة إلىٰ إثبات المال ٱبتداء)[(٢)] والأقلُ متيقنٌ وهو ميراث الأنثىٰ /١٣أ/ فصرنا إلى المتيقن وعَدَلْنا عن إثبات الزائد[(١)]؛ لأن المالَ لا يجب بالشكِّ وصار كما لو وقع الشكُّ في وجوب المال بسبب آخر، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن فإن أصابه أخسُّ السهام بتقدير كونه ذكرًا فإنه يعطىٰ نصيبَ الأبن في تلك الصورة. مثاله: أن يكونَ الورثةُ زوجًا وأمًّا وأختًا لأبٍ وأمٍ وهي خنثىٰ، أو ٱمرأة وأخوين لأمٍّ وأختًا لأبٍ وأمٍّ وهي خنثىٰ. فعندنا[(١)] في الأول للزوج النصفُ وللأمِّ الثلث والباقي له. وفي الثانية للمرأة الربعُ وللأخوين لأمٍّ الثلثُ، والباقي له؛ لأنه أقل النصيبين فيهما، وإذا مات قبل أن يستبين

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢١٣-٢١٥، و«بدائع الصنائع» ٨/ ٢١٦-٢١٨، و«الهداية» ٤/ ٦٢٢-٦٢٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٥٤٣.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من (ب).

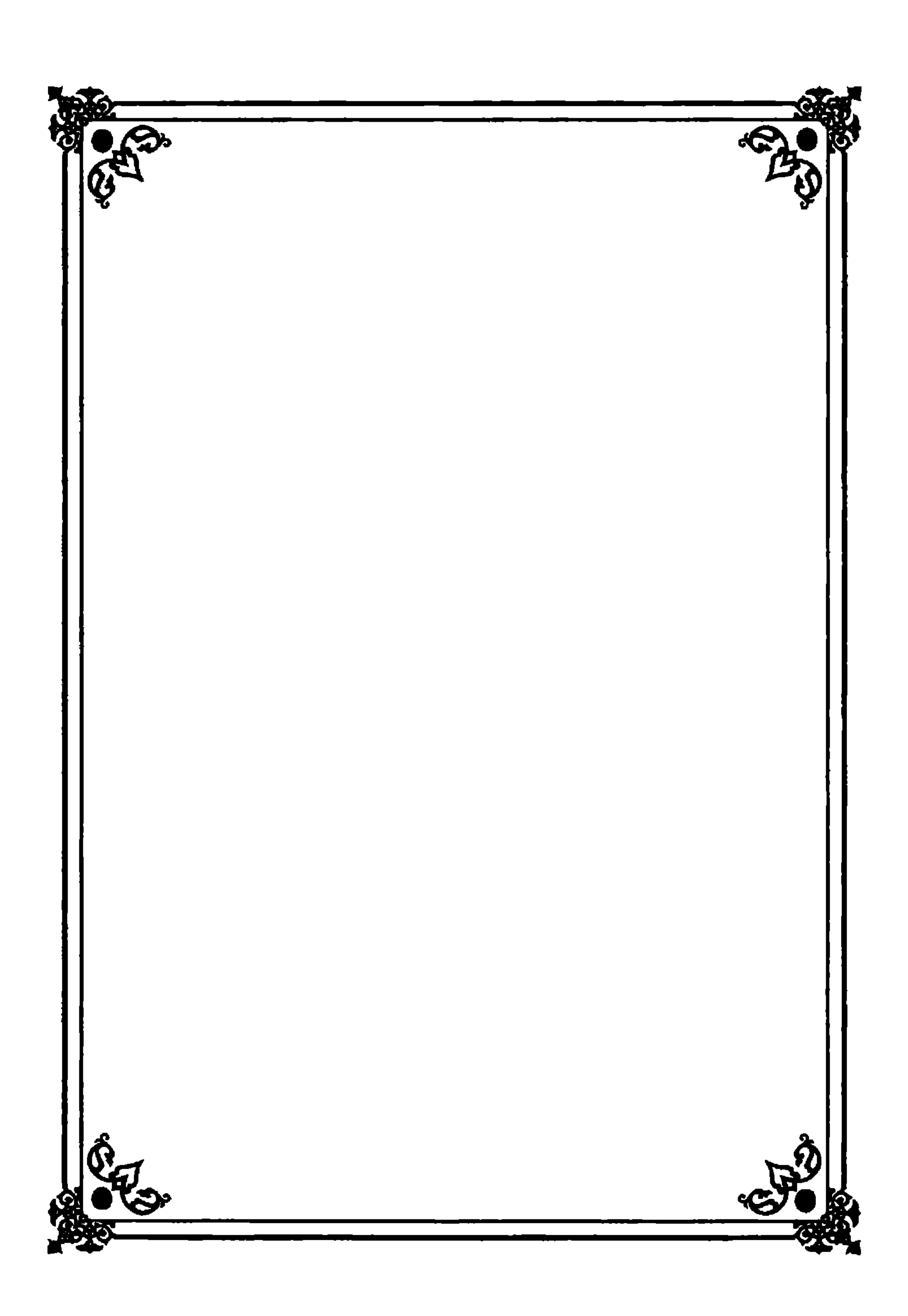
حاله لم يغسله رجلٌ ولا ٱمرأة؛ لأن حال الغسلِ ليس بثابتٍ بين الرجال والنساء، فيتوقى ٱحتمال الحرمة، ولكن ييمم بالصعيد لتعذر الغسل، ويكفن في خمسة أثواب؛ لأنه إن كان أنثىٰ فقد أقيمت السنة، وإن كان ذكرًا فقد زادوا على الثلاثِ ولا بأس بذلك، وإن سُجِّيَ قبره فهو الأحب؛ لأنه إن كان أنثىٰ فالتسجية واجبة، وإن كان ذكرًا لم يضره[1] وهٰذِه من الزوائد.

---

(١) «المبسوط» ٣٠/١٠٥، و«بدائع الصنائع» ٨/٢١٨، و«الهداية» ٤/ ٦٢٢، و«الاختيار» ٣/ ٤٦.



٢٧
كتاب المفقود



كتاب المفقود[١]

فقد الشَّيء[٢]: عدمه. وفي الشرع: المفقود هو الموجود الحي الذي جهل مكانه وحياته إما بأنه غابَ عن أهله وبلده ٱختيارًا فغاب (خبره)[٣] أو أسره العدو[٤].

ومذهبُ مالكٍ[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ذلك: أن الأسيرَ لا يضربُ له أجلٌ، ولا تقع الفرقةُ حتىٰ يستبين طلاقه أو موته أو بمضي مدة لا يعيش مثله إلىٰ مثلها؛ لأن حياته معلومة، وعذره في عدم قصد المضارة بها ظاهره وإنما يضرب الأجلُ وهو أربع سنين عنده فيمن غاب عن أهله ٱختيارًا، ولم يُعلم مكانه ولا حياته. وأما المفقودُ في المعركةِ فعنده أن الإمامَ يجتهدُ في حالِهِ، فإن غلب علىٰ ظنه إنه من القتلى ٱعتدت ٱمرأته وزوجت، ولا تحتاج إلىٰ ضرب أجل؛ لأن الأغلب من شأنه الهلاك ذكره في «المعونة»[٦].

وعندنا[٧]: أن المفقود من غاب خبره وجهل مكانه مطلقًا.

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن ظهور الأحكام فىٰ كل منهما عند عدم تبين الحال وهو ظاهر «المستجمع شرح المجمع» ٧٨٩، و«الكتاب» ٢/ ٢١٥.

(٢) المفقود لغةً: فقدهُ، وفُقدانًا، أي أضاعه وعَدِمَه فهو مفقود. «المصباح المنير» ص٢٨٤، و«مختار الصحاح» ص٤٥٤-٤٥٥، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٦٩٧. مادة (فقد).

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٣، و«الكتاب» ٢/ ٢١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠٧، و«فتح القدير» ٦/ ١٤١.

(٥) «المعونة» ٢/ ٨٢٤، و«التفريع» ٢/ ١٠٨-١٠٩، و«التلقين» ٢/ ٣١٢.

(٦) ٢/ ٨٢١.

(٧) «المبسوط» ١١/ ٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣١٠، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩٢.

قال: (إذا جهل مكان المفقود وحياته نصب القاضي من يحفظ ماله، ويستوفي حقوقه، وينفق من ماله علىٰ من يجب عليه نفقته في حضوره بغير قضاءٍ ويبيع منه ما يخاف هلاكه، فإذا مضت مدةٌ لا يعيش مثله إليها، حكم بموته واعتدت زوجته وقسمت تركته، ولم يعينوا أربعة أعوام، ولم يقطعوا نكاح الأول بدخول الثاني، ويجعل حيًّا في ماله ميتًا في مال غيره).

أما تولي القاضي لذلك؛ فلأن له الولاية النظرية علىٰ كل من عجز عن النظر لنفسه، والمفقودُ عاجزٌ عن ذلك فالتحق بالصبي والمجنون حكمًا، وفي نصب من يقوم في ذلك ويستوفي حقوقه ويحفظ ماله نظر له فيتولاه. وقوله: (ويستوفي حقوقه) مخصوص بما إذا كان له دين علىٰ غريم فأقر الغريم به، (أو كان له دين قد ثبت)[(1)] بعقده؛ لأنه أصيل في حقوق نفسه، أو له غلاتٌ فإنه يقبضها، وأما الدين الذي تولاه المفقودُ والنصيبُ الذي في العقار والعروضُ في يد رجلٍ فليس له أن يخاصم في ذلك؛ لأن الخصومة إما للمالك أو لنائبه، وهٰذا وكيل بالقبض من جهة القاضي، وليس بمالكٍ ولا نائبٍ عن المالك، فلم يملك الخصومة إجماعًا، وإنما الخلافُ فيما إذا كان وكيلًا بالقبضِ من جهة المالك، وإذا لم تكن له الخصومة فلو حكم بذلك كان حكمًا على الغائب، وأنه غير جائز إلَّا إذا كان القاضي يرىٰ جواز الحكم على الغائب فإنه يحكم به؛ لأنه قضاء في مجتهد فيه، ولا يقال: إن المختلف فيه نفس الحكم

(١) ساقطة من (ب).

على الغائب، فوجب أن يتوقف علىٰ إمضاء قاضٍ آخر، كما لو كان القاضي محدودًا في قذف؛ لأنا نقول: المجتهدُ فيه سببُ للقضاء، وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر القضاء أم لا؟ فإذا رآها القاضي حجة، وقضىٰ بها نفذ قضاؤه كما لو قضىٰ بشهادة المحدود في القذف[1].

وأما النفقةُ فالذي ذكره القدوري[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وينفق علىٰ زوجته وأولاده، وليس هٰذا الحكمُ مقصورًا على الزوجة والأولاد، بل هو عامٌّ في جميع قرابة الولا د، والأصلُ فيه أن كلَّ من يستحق النفقةَ في ماله حال حضوره بغير قضاء القاضي، ينفق عليه من ماله حال غيبته؛ لأن القضاءَ حينئذٍ يكون إعانةً علىٰ ذلك، وكلُّ من لا يستحقُّ النفقة عليه حال حضوره إلَّا بقضاء القاضي، لا يجب حال فقده؛ لأنها حينئذٍ لا تجبُ إلَّا بالقضاء، والقضاء على الغائب لا يجوز؛ فلهذا عدل في الكتاب عن تخصيص ذلك، وذَكَرَ الأصل الذي عليه الأعتماد، فمن القسم الأول: الأولاد الصغار، والإناث من الكبار، والزمنىٰ من الذكور الكبار. ومن الثاني: الأخ، والأخت، والخال، والخالة، والعم، والعمة.

والمراد بقوله: (من ماله): الدراهم والدنانير؛ لأن التقدير قيمة ما يستحقونه من المطعوم والملبوس، فإن كان في ماله جنس ما يسحقونه دفعه إليهم، وإن كان ماله دينًا أو وديعةً فإن ٱعترف المديون والمودع بالمال وبالزوجية والنسب؛ أنفق عليهم من ذلك، وإن كان ذلك ظاهرًا عند

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٣-٤٠٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠٧-٣٠٨، و«الهداية» ٢/ ٤٧٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩٣-٢٩٤.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢١٦.

القاضي لم يحتج في ذلك إلى اعترافهم، وإن ثبت عنده بعضُ ذلك احتاج إلى اعترافهم في الباقي، وهذا هو الصحيحُ، وإن أنفق المديونُ أو المودعُ عليهم بغير أمر القاضي، فهما ضامنان؛ لأن الحق لم يصل إلى /١٣ب/ مالكه ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا أنفق بأمر القاضي، فإنه نائبٌ عن الغائب، وإن كانا جاحدين مطلقًا أو كانا جاحدين للنكاح والنسب، لم يكن لأحدٍ من مستحقي النفقةِ أن يخاصمه في ذلك؛ لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سببًا لثبوت حقِّه وهو النفقة؛ لأنها لا تتعين في هذا المال خاصةً، وأما البيعُ فإنه لا يبيعُ ما لا يخاف عليه الهلاك في نفقة ولا غيرها؛ لأنه منتصبٌ بحفظ المالِ، والحفظُ راجع إلى صورةِ المال ومعناه، فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة مع الإمكان، ويجوز له أن يبيع ما يخاف عليه الهلاك؛ لأنه تعذر حفظ صورته فيتعين عليه حفظ المعنى[١].

وهذه من الزوائد.

وأما الحكمُ بموتِهِ فالمذكور في الكتاب هو ظاهرُ المذهب، والمذكور في القدوري[٢] وهو: أن يمضي عليه مائة وعشرون سنة من حين ولادته، فهو رواية الحسن عن أبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ.

قال صاحب «الهداية»[٤] وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الأقران.

---

(١) «المبسوط» ١١/ ٣٩، و«الاختيار» ٣/ ٤٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣١١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧١٢.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢١٦.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٥، و«المبسوط» ١١/ ٣٥-٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠٩، و«فتح القدير» ٦/ ١٤٧-١٤٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧١٣-٧١٤.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٧٩.

وفي المروي عن أبي يوسف[١]: يقدر بمائة سنة. وقدر بعضهم بتسعين، والأقيسُ أن لا يقدر بشيء، والأرفقُ أن يقدر بتسعين. وعند مالك[٢]: إذا مضت عليه أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين ٱمرأته إذا سألت ذلك، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت من الأزواج، فإن جاء الزوج الأول قبل دخول الثاني بها فهو أحق، وإن جاء وقد دخل بها الثاني فلا سبيل للأول عليها. هكذا قضىٰ عمر رضي الله عنه في ذلك، وكفىٰ به قدوة وإمامًا، ومن طريق النظر إنه منَعَ حقَّها بالغيبة، فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدةٍ ٱعتبارًا بالإيلاء والعنة، ويؤخذ المقدار من الإيلاء وهو الأربعُ، والسنون من العنة أخذًا بالشبهين.

ولنا[٣]: قوله ﷺ في ٱمرأة المفقود: «**إنها ٱمرأته حتىٰ يأتيها البيان**»[٤]، وقول عليٍّ رضي الله عنه فيها: هي ٱمرأةٌ ٱبتليت، فلتصبر حتىٰ تستبين بموت أو طلاق[٥]. وهٰذا مبين لما ذكر في النصِّ من البيان، ومن جهة النظر أن النكاحَ معلومٌ بيقين، والغيبةُ لا توجب الفرقةَ، والموتُ في حيزِ الأحتمال فلا يزول النكاحُ الثابتُ (باليقين)[٦] بما هو مشكوك فيه. ونقل

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٥، و«المبسوط» ١١/ ٣٥-٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠٩، و«فتح القدير» ٦/ ١٤٧-١٤٨.

(٢) «التفريع» ٢/ ١٠٧-١٠٨، و«المعونة» ٢/ ٨٢٠، و«التلقين» ٢/ ٣١١-٣١٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٣، و«المبسوط» ١١/ ٣٧، و«الهداية» ٢/ ٤٧٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣١١.

(٤) رواه الدارقطني في «سننه» ٣/ ٣١٢، والبيهقي ٧/ ٤٤٥، وقال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ٣/ ٢٣٢: إسناده ضعيف، وضعفه أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان وغيرهم.

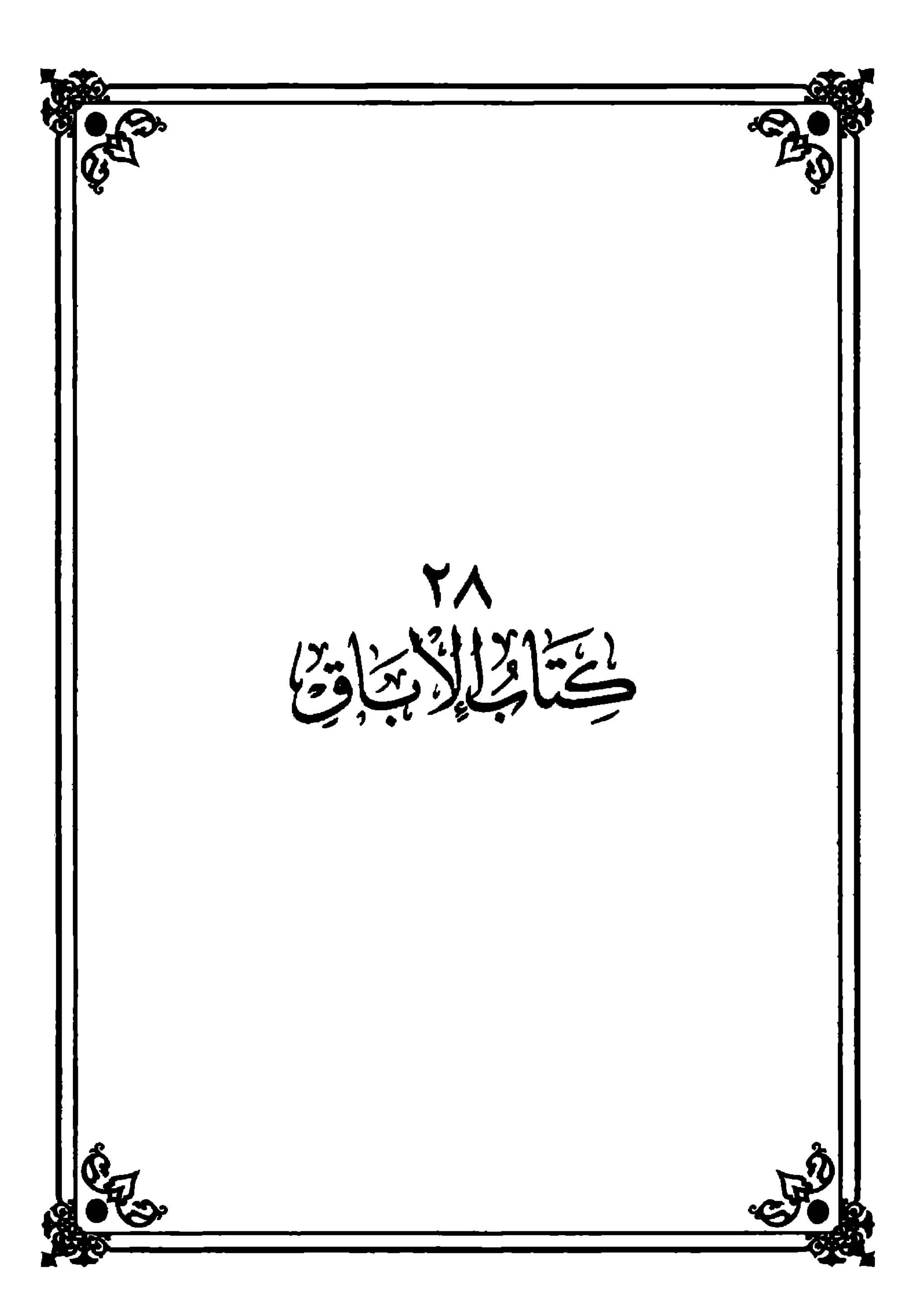
(٥) «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ٩٠ (١٢٣٣٠، ١٢٣٣٢).

(٦) من (ب).

أن عمر ﷺ رجع في المسألة إلىٰ قول عليٍّ ﷺ، وأما الإيلاءُ فقد كان طلاقًا معجَّلًا، فجعله الشرع مؤجلًا، فهو موجبٌ للفرقةِ. والعنةُ إذ ٱستمرت سنةً قلَّما تنفصل، والظاهرُ من حال الغائب أنه يئوبُ فلم يصح الأعتبار بهما.

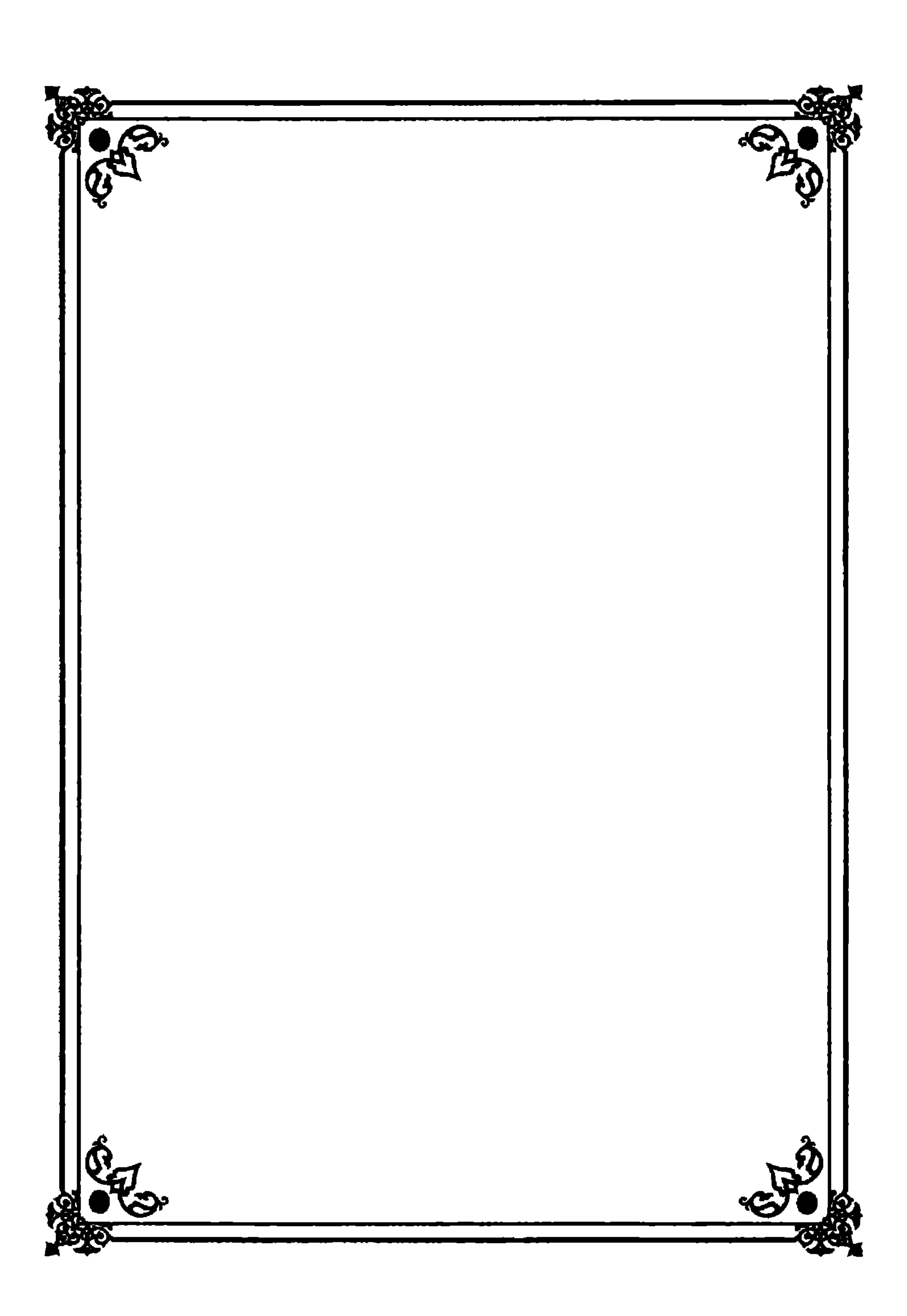
وأما كونُه حيًّا في ماله ميتًا في مال غيره، فمعناه: أنه لا ينتقل ماله إلىٰ غيره من غير علم بموته، ولا نورثه مالَ غيره؛ لأنه لا يعلم أنه يصحُّ منه التمليك حينئذٍ، فلا يثبت له الملك بالشكِّ، فلا يرث أحدًا مات في حال فقده؛ لما قلنا، وتقسم تركته عند الحكم بموته علىٰ ورثته الموجودين في ذلك الوقت، دون من مات منهم من قبل ذلك، ٱعتبارًا للموت الحكمي بالموت الحقيقيِّ[1].

(١) «بدائع الصنائع» ٦/٣٠٧، و«الهداية» ٢/٤٧٩، و«تبيين الحقائق» ٣/٣١٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/٢٩٨.



٢٨

كِتَابُ الإِبَاقِ



كتاب الإباق[١]

ردُّ الآبق أَفْضَلُ إذا قدر عليه؛ لأن في ذلك إحياء له وإبقاء لملك المالك فيه، وكذلك الضال. وقيل: بل تركُ الضالِّ أَفْضَلُ؛ لأنه يقف مكانه فيجده مالكه بخلاف الآبق[٢].

قال: (إذا رد الآبق من مسيرة السفر فصاعدًا من أشهد عليه أنه أخذه ليرده وجب له الجعل أربعون درهمًا وفيما دونها بحسابه ولا نوقعه على الشرط).

إذا ردَّ رجلٌ عبدًا آبقًا علىٰ مولاه، فأتىٰ به من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، وكان عند الأخذ قد أشهد عليه أنه إنما أخذه ليرده علىٰ صاحبه لا لنفسه، وفي الإشهاد خلافُ أبي يوسف[٣] كما مرَّ في اللقطة، فقد وجبَ له الجعلُ علىٰ مولاه وقدرُه أربعون درهمًا، وإن أتىٰ به لأقل من مسيرة ثلاثةِ أيامٍ فله من الجعل بحسابِ ذلك، وهٰذا ٱستحسانٌ[٤].

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين: من حيث وجود معنى الفقدان فىٰ كل منهما وهو ظاهر «المستجمع شرح المجمع» ٧٩٤.
الإباق لغةً: العبد يأبِق ويأبُق بكسر الباء وضمها أي: يهرب، وكذلك العبد إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كدّ عمل. «المصباح المنير» ١/ ١٧، و«مختار الصحاح» ص١٢، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣، مادة (أبق).

(٢) «المبسوط» ١١/ ١٦، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤، و«الاختيار» ٣/ ٤٣، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٢٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٤١، و«الكتاب» ٢/ ٢١٧، و«المبسوط» ١١/ ١٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧١٠.

وقال الشافعي[١] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجب له عليه شيء، إلَّا إنْ شرط المولىٰ شيئًا، فيفي له بما شرط وهو القياس؛ لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال.

ولنا[٢]: ما روي عن عمرو بن دينار[٣]: إنه لم يزل يسمعُ النبي ﷺ يقول: «جُعْلُ الآبق أربعون درهمًا»[٤]. واجتمعت الصحابةُ علىٰ وجوب الجعلِ[٥]، لكنهم اختلفوا في مقداره فمنهم من قدره (بأربعين)[٦]، ومنهم من قدره بما دون ذلك[٧].

---

(١) «التنبيه» ص١٢٦، و«مختصر التبريزي» ص٢٦٧، و«غاية البيان» ص٢٢٧-٢٢٨.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧١٠.

(٣) هو عمرو بن دينار المكي: أبو محمد الأثرم الجمحي مولىٰ موسىٰ بن باذان مولىٰ بن جمح، ويقال: مولىٰ بني مخزوم، ويقال: كان باذان عامل كسرىٰ على اليمن. كان أحد الأعلام، ومفتي أهل مكة في زمانه.
روىٰ عن الصحابة وكبار التابعين قال أبو زرعة، وأبو حاتم والنسائي: ثقة، زاد النسائي: ثبت توفي ستة ١٢٥هـ، وقيل: ١٢٦هـ.
انظر ترجمته في: «طبقات ابن سعد» ٥/ ٤٧٩، ٤٨٠، و«طبقات خليفة» ص٢٨١، و«التاريخ الكبير» ٦/ ٣٢٨، ٣٢٩ (٢٥٤٤)، و«التاريخ الصغير» ١/ ١٦٩، ١٧٠، و«الجرح والتعديل» ٦/ ٢٣١ (١٢٨٠)، و«الثقات» لابن حبان ٥/ ١٦٧، و«تهذيب الكمال» ٢٢/ ٥- ١٣ (٤٣٦٠)، و«سير أعلام النبلاء» ٥/ ٣٠٠-٣٠٧ (١٤٤).

(٤) رواه ابن أبي شيبة ٤/ ٤٤٣ (٢١٩٤٩) عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا: جعل النبي ﷺ في العبد الآبق إذا جيء به خارج الحرم دينارًا.

(٥) «المبسوط» ١٣/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ١٠/ ٩٨، و«فتح القدير» ١٣/ ٤٠٧، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٤٨٠، و«موسوعة الإجماع» ١/ ٢٥٧

(٦) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب).

(٧) «المبسوط» ١٣/ ٥٠-٥١، و«تبيين الحقائق» ١٠/ ١٠٠-١٠١، و«فتح القدير» ١٣/ ٤١١.

فقلنا: بوجوب الأربعين في مسيرةِ السفرِ وما دونها فيما دونها بأقل توفيقًا بين أقوالهم؛ ولأن في (إيجاب الجعل)[١] حملًا علىٰ ردِّ الآبق؛ لأن فعل ذلك علىٰ وجه الحسبة نادر فكان في ذلك صيانةُ أموال الناس ثم التقدير بالسمع ولا سمع في (الضال فامتنع)[٢] الإيجاب فيه؛ ولأن الضال لا يحتاج إلى الحفظ بقدر حاجة الآبق لتواري الآبق واختفائه دون الضال، ويقدر الرضخُ فيما دون مدة السفر باصطلاحهما، وقيل برأي القاضي. وقيل: تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة؛ لأنها أقلُّ مدة السفر[٣].

قال: (فإن كانت قيمته أقل منه حكم له بقيمته إلَّا درهمًا ويأمر بالجعل).

المذكور في «مختصر القدوري»[٤] قول محمد[٥] رحمه الله لأبي يوسف[٥] رحمه الله أن الجعل يثبت بالنصِّ فلا ينقص منه، ألا ترىٰ أن الصلح علىٰ أكثر من أربعين لا يجوز وعلىٰ أقل يجوز؛ لأنه حط منه وعلى الأكثر تغيير ولمحمد[٦] رحمه الله أن (الأصل)[٧] في الجعل أن يكون حاملًا على الردِّ

---

(١) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب).

(٢) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٧١٠.

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢١٧.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص١٤١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤-٤٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٨.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤-٤٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٨.

(٧) في (ب): (الصلح).

تحصيلًا لفائدةِ إحياءِ الملك على المالك نظرًا له. ثبت ذلك علىٰ خلاف القياسِ، إذ القياسُ أن لا يجب شيء؛ لأنه تبرع بمنافعه على السيد وليس في إيجاب الجعلِ كاملًا مع استغراق القيمة /١٤٠أ/ تحصيل شيء من النظر، فوجب أن ينقص من القيمة درهم ليحصل النظر.

قال: (وإن أبق منه فلا شيء عليه ولا له).

إذا أبق العبدُ من الذي أخذه فلا شيءَ للمولىٰ عليه ولا له على المولىٰ جعل، أما الأولُ؛ فلأنه أشهد عليه عند الأخذ، فكان في يده أمانة، فإن أبق أو مات فقد تلف من غير تفريطٍ منه فلم يضمن، وأما عدمُ وجوبِ الجعلِ فلأنه في معنى البائع من المولىٰ؛ ولهٰذا كان له حبسه حتىٰ يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن[١].

قال: (ولو رده إلى المصر فمات المالك وهو مورثه قبل قبضه يبطله).

رجل ردَّ الآبق فلما أدخله المصر مات مالكُ العبدِ قبل أن يتسلمه منه والمالكُ مورثه. قال أبو يوسف[٢] رَحِمَهُ اللهُ: يبطل الجعلُ؛ لأنه إنما يجب بالتسليم إليه، ألا ترىٰ أنه لو هلك العبد في المصر قبل التسليم يبطل الجعل؟! فكذا هٰذا. وقال أبو حنيفة[٣] ومحمد[٤] رحمهما الله: له الجعلُ في التركة؛ لأنه واجبٌ بالعملِ وهو الردُّ من مسيرة ثلاثةِ أيامٍ،

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢١٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٧٥، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩١.

(٢) «المبسوط» ١١/ ٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩١.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «المبسوط» ١١/ ٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٢، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩١.

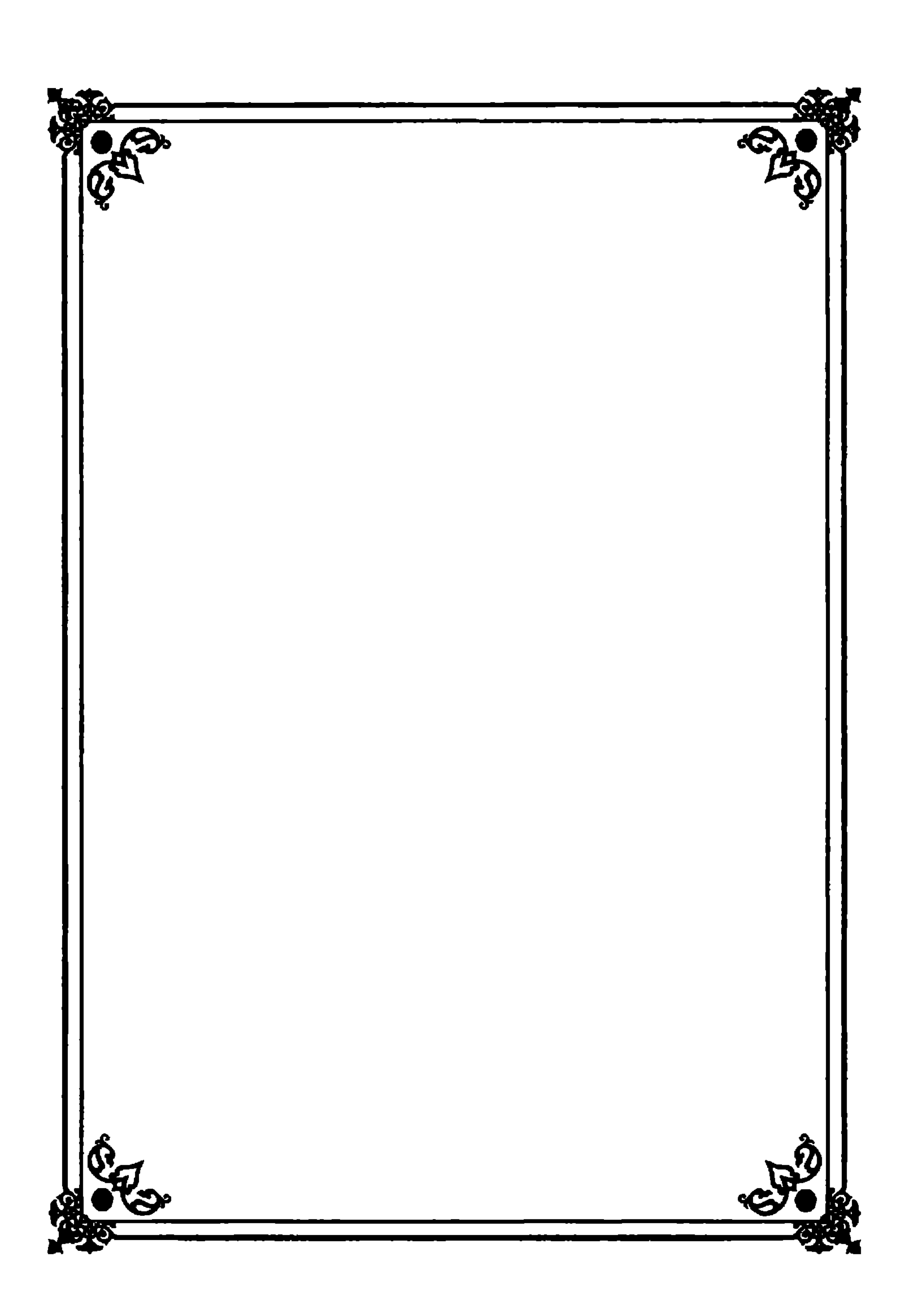
وقد عمل للمالكِ في حياته، فوجب الجعل ولا يسقط بموت المالك، وصيرورته للعامل كالأجير المشْترك يعمل لمورثه، يموت قبل أن يسلمه إليه لا يسقط الأجرةُ، كذا هٰذا.

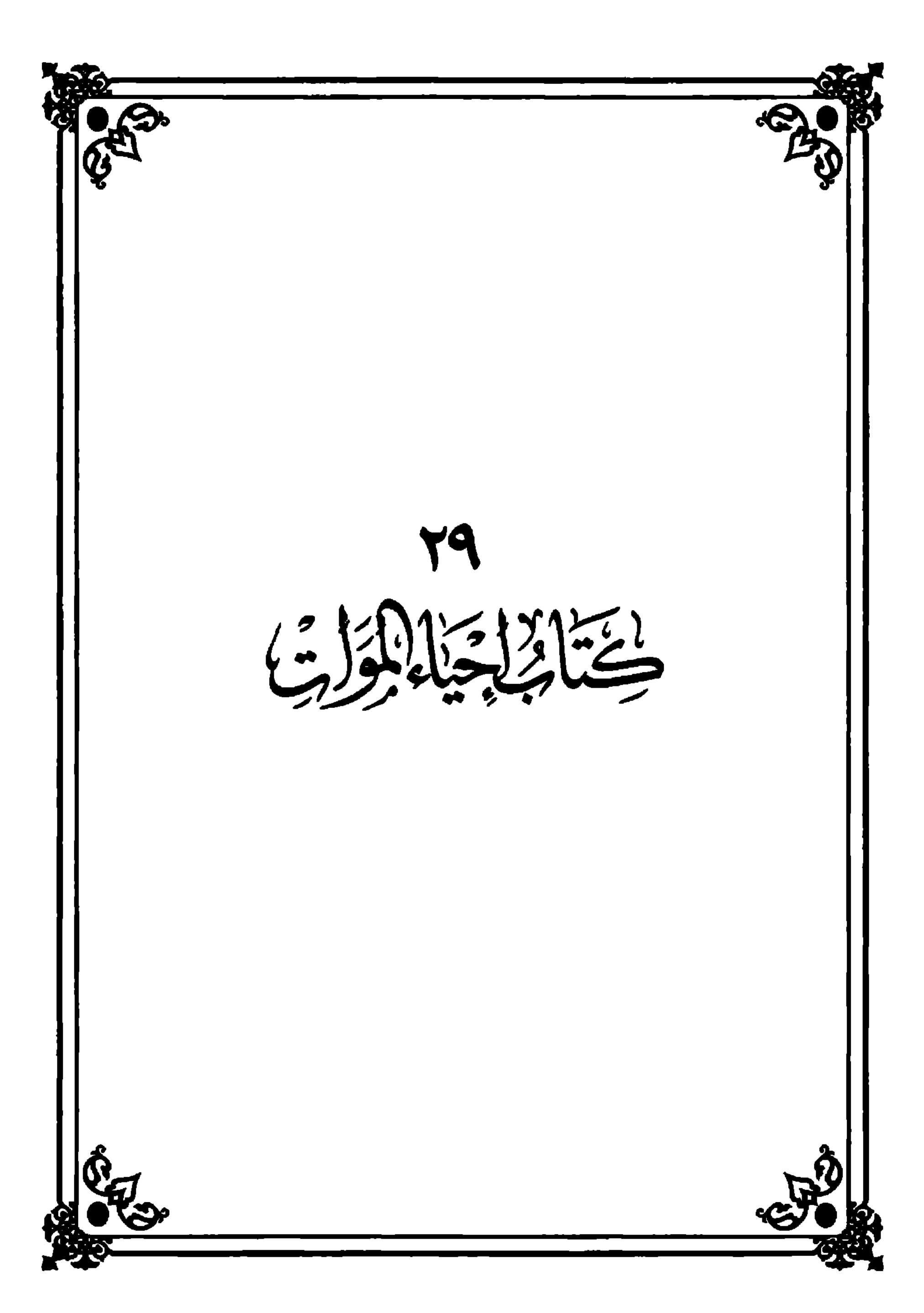
قال: (ويجعلُ المدبر وأم الولد لا المكاتب كالقنِّ).

ومعناه: إذا رُدَّ في حال حياة المولىٰ لما فيه من إحياء ملكه، ولو رُدَّ بعد موته لا جعلَ فيهما؛ لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القنِّ، ولا يقال: إنَّ الجعلَ بإحياءِ المالية ولا المالية في أمِّ الولد خصوصًا علىٰ مذهب أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ اللَّهُ، لأنا نقول: ليس في أمِّ الولد مالية باعتبار الرقبة. ولٰكن لها ماليةٌ باعتبار كسبها؛ لأنه أحقُّ بكسبها، وقد أحيا الرَّادُّ ذلك برده فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب؛ لأنه أخصُّ بمكاسبه، فلا يكون راده موجبًا للمولىٰ مالية لا باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب[1]، وهٰذِه من الزوائد.

---

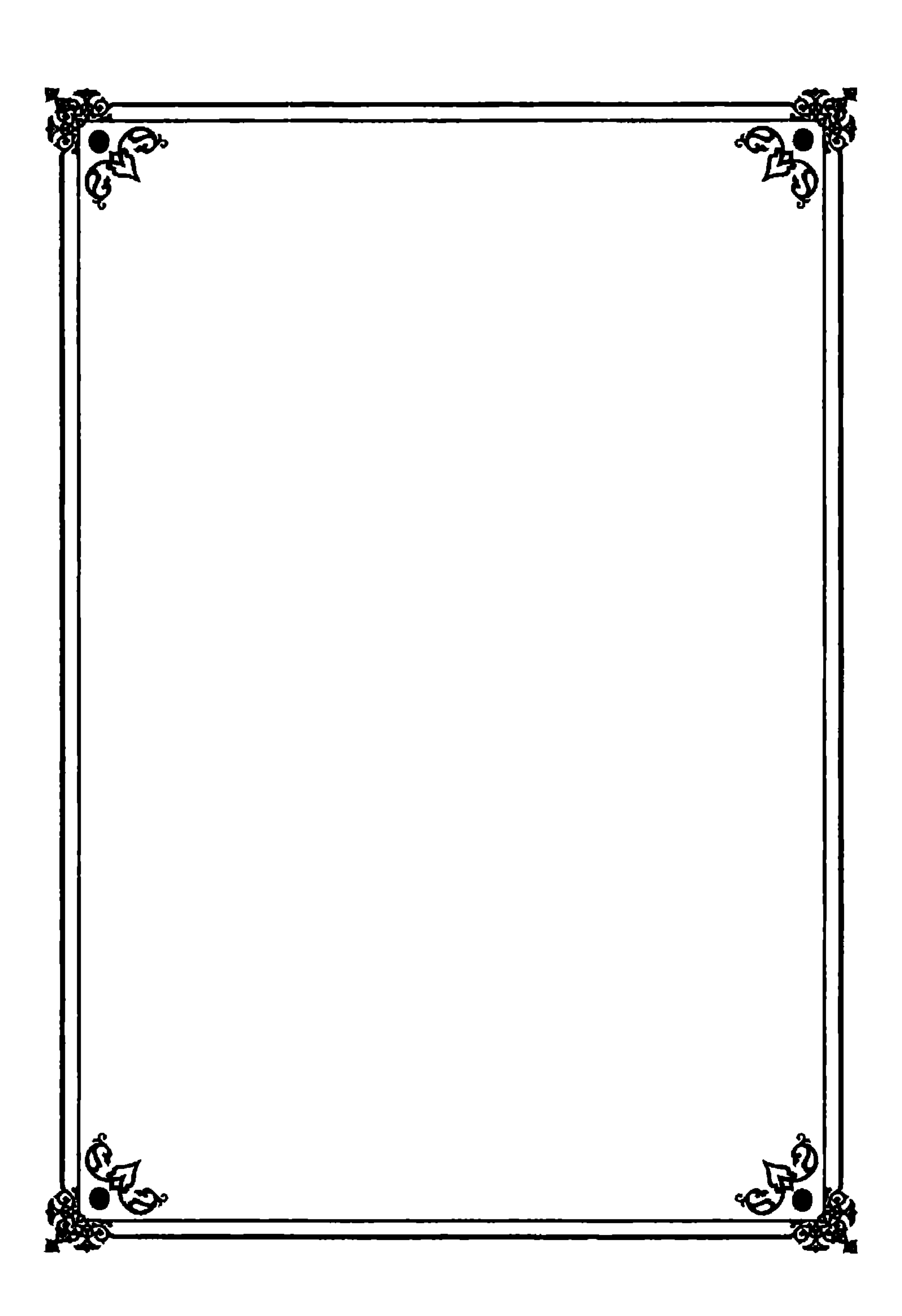
(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٢٣، و«الهداية» ٢/ ٤٧٤-٤٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠٩، و«حاشية ابن عابدين» ٤/ ٢٩١.





٢٩

كتاب إحياء الموات



كتاب إحياء الموات(١)

قال: (إذا أحيا مسلمٌ أو ذميٌّ أرضًا لا ينتفع بها وليست مملوكةً لمسلم ولا ذميٍّ، وهي بعيدة من القرية، إذا صاح من أقصى العامر لا يسمع بها صوتُه ملكها، وإذن الإمام شرط).

إنما سميت هٰذِه الأرض مواتًا؛ لانقطاع الأنتفاع بها، إما لغلبةِ الماء عليها، أو لانقطاعه عنها، أو لكونها حجرية، أو سبخة(٢) ونحو ذلك من الأسباب المانعة عن الزراعة(٣).

قال القدوري(٤) ﷺ: فما كان منها عاديًا(٥) لا مالك له يريد ما قدم خرابه، أو كان لها مالك في الإسلام إلَّا أنه لا يعرف مع البعد المذكور فهو موات، والمروي عن محمد(٦): أنه شرط ألا تكون مملوكة لمسلم

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث وجود معنى الأحياء فىٰ كل منهما أما فىٰ هٰذا الكتاب فظاهر وأما فىٰ كتاب ابن فلان الأبن كما يرد إلىٰ صاحبه يحيىٰ ملكه. «المستجمع شرح المجمع» ٧٩٩.

(٢) سبخة: أرض ذات ملح ونز.
«المصباح المنير» ص١٥٩، و«مختار الصحاح» ص٢٦٠. مادة (سبخ).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٣٤، و«الكتاب» ٢/ ٢١٨-٢١٩، و«الهداية» ٤/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٣.

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢١٩، و«مختصر القدوري» ١٤٠.

(٥) عاديًا: العادى الشئ القديم. يقال مجد عادىٰ وبئر عادية. كأنه منسوب إلىٰ عاد قوم هود. «القاموس المحيط» ٢٧٤- مادة عود، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٦٣٥ مادة عاد.

(٦) «مختصر الطحاوي» ص١٣٤-١٣٥، و«الكتاب» ٢/ ٢١٩، و«الهداية» ٤/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٣.

ولا ذمي مع ٱنقطاع الٱرتفاق بها ليتحقق كونها مواتًا، فأما ما كان منها مملوكًا لمسلم أو ذميٍّ لا يكون مواتًا، بل يكون لجماعة المسلمين إذا لم يُعرف المالكُ، ولو عُرف من بعد ردت عليه، وضمن زارعها نقصان الأرض، وهو المختار؛ فلذلك ذكره في المتن. والبعدُ الذي ذكره شرطه أبو يوسف[١] رحمه الله؛ لأن الظاهر أن ما كان قريبًا من القرية يرتفق أهلها بها فيدار الحكم على البعد والقرب دون حقيقة الٱرتفاق وجودًا وعدمًا.

واختار شمس الأئمة السرخسي[٢] قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأن القريب من القرية وإن لم يرتفق به أهله حقيقة لكن لهم حق الٱرتفاق حقيقة أو دلالةً، فلا يكون مواتًا، فعلىٰ هٰذا لا يجوز إحياء ما قرب من العامر؛ لتعلق حقهم به وسواء أحياها مسلمٌ أو ذميٌّ ملكها؛ لأن (الملكَ)[٣] تابعٌ للإحياء ومسبب عنه، فيثبت حيث يثبت السبب، ويجب فيها العشرُ على المسلمِ والخراجُ على الذميِّ؛ لأنه ٱبتداءُ وضعٍ، فيجبُ علىٰ كلٍّ واحد ما يليق بحاله، وأما ٱشتراطُ إذن الإمام فهو مذهبُ الإمام[٤]، وقالا[٤]: لا يشترط إذنه لإطلاق قوله ﷺ: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**»[٥]؛ ولأنه سبقت إليه -وهو مباح- يدُ الخصوص فيثبت

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٣٤-١٣٥، و«الكتاب» ٢/ ٢١٩، و«الهداية» ٤/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٣.

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ١٦٦-١٦٧.

(٣) في (ب): (المالك).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١٣٤-١٣٥، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٩، و«شرح فتح القدير» ١٠/ ٧٠.

(٥) سبق تخريجه.

الملك، كما في الحطب والصيد. وله قولُهُ ﷺ: «ليس للمرء إلَّا ما طابت به نفس إمامه»[١]. والمراد المباحات إلَّا أن الحطبَ والماءَ والحشيشَ خصت بالحديث، فبقي ما عداها على الأصل؛ ولأن هٰذِه الأرضَ مغنومةٌ لاستيلاء المسلمين عليها بإيجاف الخيل والركاب، فلم يكن لأحدٍ أن يختصَ بها بدون إذن الإمام كسائر (المغانم)[٢] وما روياه محمولٌ علىٰ أنه إذن لقومٍ بأعيانهم لا نصب لشرعٍ جمعًا بين الحديثين.

قال: (ومن حجر أرضًا وأهملها ثلاثَ سنين دُفعت إلىٰ غيره).

لأن الدفعَ إلى الأول كان لتحصيل الخراج أو العشر النافعِ للمسلمين، وهما يترتبان على العمارة، فإذا لم يعمرها دفعتْ إلىٰ غيره تحصيلًا للمقصود، ومجردُ التحجير لا يكون إحياء لِتُمْلَكَ به الأرضُ؛ لأن التحجير هو الإعلامُ، سمي به لأنهم كانوا يضعون الحجارة حول الأرض لحجر الغير من إحيائها، وإذا لم يملكها بقيتْ علىٰ ما كانت عليه قبل التحجير وهو الصحيح، وأما التوقيت ثلاث سنين فلقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق؛ ولأن ما دون الثلاث سنين (زمان لا يفي بالتحجير)[٣] والعود إلى الوطن لتهيئة أسباب الزراعة، ثم العود والاشتغال بذلك، فقدرناه[٤] بالسنين توزيعًا للأحوال على

---

(١) رواه الطبراني من حديث معاذ وهو ضعيف كما عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٢٩٠.

(٢) في (ب): (الغنائم).

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، و(جـ).

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٢٠، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٧-١٦٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٩، و«شرح فتح القدير» ١٠/ ٧٢.

الأوقات طلبًا للتوسعة، فإذا مضت هٰذِه المدة فالظاهر منه تركها. قالوا[١]: وهٰذا علىٰ وجه الديانةِ حتىٰ لو أحياها / ١٤ب/ غيره قبل انقضاء المدة ملكها؛ لأنه أحياها حقيقةً، ونظيره السوم علىٰ سومِ الأخ فإنه مكروهٌ ولو باع صحَّ العقدُ.

قال: (وحريم بئرِ الناضحِ أربعون كالعطن. وقالا: ستون. ويقدر للعينِ خمسمائة من كل جانبٍ، ويمنع غيره من الحفر فيه).

إذا احتفر بئرًا في برية فله حريمها، فإن كانت للعطنِ[٢] فحريمها أربعون ذراعًا، وإن كانت للناضح فحريمها عند أبي حنيفة[٣] رحمه الله أربعون أيضًا.

وقالا[٣]: ستون، وحريم العين خمسمائة من كل جانب. لهما في المسألة الخلافية حديث الزهري أنه ﷺ قال: «**حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعًا، وحريم بئر الناضح ستون ذراعًا**»[٤]؛ ولأن الحاجة متفاوتة فيتفاوت الحريم؛ لأن بئر الناضح يحتاج إلىٰ حريم يسيِّرُ فيه دابته للاستقاء، وقد يطول الرشاء، وبئر العطن

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٢٠، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٧-١٦٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٩، و«شرح فتح القدير» ١٠/ ٧٢.

(٢) العطن: مبارك الإبل عند الماء.
«المصباح المنير» ص٢٤٨، و«مختار الصحاح» ص٣٩٧، وسيأتي تعريفه في الشرح ص٢٦٧.

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٢١، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٢-١٦٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٢٠، و«الاختيار» ٣/ ٨٤-٨٥

(٤) رواه ابن أبي شيبة ٤/ ٣٨٩، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٢٩٢: غريب.

للاستقاء باليد فظهر التفاوت، وله قوله ﷺ: «**من حفر بئرًا فله ما حولها أربعون ذراعًا عطنا لماشيته من غير فصل**»[١] وهٰذا عام وقع الاتفاقُ علىٰ قبوله والعمل، فهو أولىٰ من الخاصِّ المختلف في قبوله والعمل به؛ ولأن القياسَ يأبى استحقاق الحريم؛ لأن الاستحقاق بالحفرِ والحريم في غير موضعه، ففيما اتفق عليه الحديثانِ تركنا القياسَ، وفيما تعارضا فيه أعلمناه؛ ولأنه كما يستقي من بئر العطن باليد يستقي من الناضح به أيضًا، ويمكن إدراة البعير حول البئر، فلم تكن المسافة صرورية[٢]. ونقل عن أبي حنيفة[٢] ﷺ: إنما جعل في حديث الزهري حريمُ الناضح ستون لأجل مد الحبل؛ لا أنه يملك ما زاد على الأربعين ولو احتاج إلىٰ سبعين لمد الحبل فله ذلك؛ لأنه يملكه. وعن محمد[٣] ﷺ في حريم الناضح أنه يقدر بمد الحبل (ستون)[٤] كان أو أكثر، والعطن: مبرك الإبل حول الماء، عطنت الإبل فهي عاطنةٌ وعواطن: إذا سقيت وبركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب، والنواضح: الإبل التي تسقى الماء، واحدها: ناضح. وأما العينُ فحريمها خمسمائة (ذراع)[٥] لما روينا، هكذا ذكره الطحاوي[٦] واختاره صاحب «الهداية»[٧]. وفي

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٤٨٦) من حديث عبد الله بن مغفل.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢٢١، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦١-١٦٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٢٠، و«الاختيار» ٣/ ٨٤-٨٥.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠٥، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٢٠، و«فتح القدير» ١٠/ ٧٤-٧٥.

(٤) فيٰ جميع النسخ ستون.

(٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص١٣٦.

(٧) «الهداية» ٤/ ٤٣٧.

نسخ القدوري[(١)]: ثلثمائة والمشهور من الحديثِ خمسمائة؛ ولأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضعٍ لجريان الماء، ومن موضعٍ لاجتماعه فيه، ومن موضعٍ يجري منه إلى الزراعة، فكان أحوج إلىٰ زيادة المسافة. وقد قيل: إن هٰذا التقدير في أراضيهم وهي صلبة، وأما في الأراضي الرخوة فيزداد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول، والصحيحُ في الزرع أنه من كل جانب؛ لأن الأراضي الرخوة يتحول فيها الماء إلىٰ ما يحفر دونها، فيعتبر من كلِّ جانب؛ رعاية للحقين ويُمنع غيرُه من الحفرِ في الحريم؛ لئلا يؤدي إلىٰ تفويتِ حق الحافر؛ لأنه بالحفر ملك الحفر لضرورة الانتفاع به، وليس للأجنبي التصرف في ملك غيره[(٢)].

قال: ((يلحق)[(٣)] ما امتنع عود دجلة والفرات إليه بالموات إذا لم يكن حريمًا، وإن جاز عوده لم يجز إحياؤه).

دجلة[(٤)] والفرات[(٥)] إذا (تركا مكانا وعدل عنه إلىٰ غيره)[(٦)] فإما أن

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٢١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٣٥-١٣٦، و«الكتاب» ٢/ ٢٢١، و«الهداية» ٤/ ٤٣٧-٤٣٨، و«الاختيار» ٣/ ٨٥.

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٤) دجلة: نهر بغدادلا تدخله الألف واللأم. قيل دجله معربه علىٰ ديلد وهىٰ تخرج من بلاد آمد. وهىٰ من أعين ببلاد خلاط من أرمينيه من موضع يعرف بحصن ذى القرنين. «معجم البلدان»٢/ ٢٤٠، و«الروض المعطار» ٢٣٣.

(٥) الفرات: نهر من الأنهار الكبار المشهوره والفرات فىٰ أصل كلام العرب أعذب المياه . قيل يخرج من بلاد الروم ويصب فىٰ نهر دجلة فتصير دجلة والفرات نهر واحد. «معجم البلدان»٢/ ٢٤١، و«الروض المعطار» ٣٣٩.

(٦) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

يجوز عودُهُما إليه أو يمتنع، فإن جاز عودُهما إليه لا يجوز إحياءُ ذلك المكان؛ لأنه ملكٌ لجماعة المسلمين وحقهم (فيه قائمٌ لجواز)[١] العود إليه فلا يصحُّ تخصيص أحدٍ به، وأما إذا اًمتنع العود إليه ولم يكن حريمًا لعامر فإنه يلحق بالأرض الموات، فيملكها من أحياها بإذن الإمام عند (أبي حنيفة)[٢]، وبغير إذنه عندهما[٣] كما سبق؛ لانقطاع حقِّ العامةِ منه.

قال: (والنهرُ في ملك الغير لا حريم له إلَّا ببينة وقالا: له حريم بقدر إلقاءِ الطين ونحوه. وقيل: هٰذا بالاتفاقِ. وفي رواية: يقدره بنصف عرض النهر من جانبيه وقدره بكله).

(إذا كان لرجل نهرٌ في أرضِ غيره فليس له حريم إلَّا أن يقيم بينة بذلك. **وقالا**[٤]: له الحريم بقدر ما يمشي فيه)[٥] ويلقي عليه طينَ النهرِ ونحو ذلك.

وقال المحققون من أصحابنا[٦]: للنهر حريم بقدر ما يحتاجُ إليه لإلقاء الطينِ ونحوه بالاتفاق، ذكره في «المحيط». وهٰذا من الزوائد.

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).
(٢) في (أ) و(ج): (الإمام).
(٣) ينظر المراجع السابقة.
(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٢٢-٢٢٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٨-٢٩٩، و«الهداية» ٤/ ٤٣٩، و«الاختيار» ٣/ ٨٥-٨٦.
(٥) ساقط من (ب).
(٦) ينظر المراجع السابقة.

وروي عن أبي يوسف[١] أن حريمه بقدر عرض نصف النهرِ من كل جانب؛ لأن المعتبر هو الحاجة الغالبة، فيمكن إلقاء طينِ النهر من جانبيه، فيقسم عرضه على الجانبين. وعن محمد[١] رحمه الله: له بعرضِ النهر كلِّه (من كلِّ جانبٍ)[٢]؛ لأنه قد لا يمكنه إلقاءُ الطينِ من الجانبين جميعًا، فيقدر عرضه من كل جانب. قال صاحب «الهداية»[٣]: وهو أرفق بالناس.

ولهما: في المسألة الأولىٰ أن النهرَ لا ينتفع به إلَّا بالحريم؛ لأنه لابدَّ من المشي لتسييل الماء، ولابد من مكان (يلقىٰ فيه)[٤] طين النهر، وأنه يخرج بنقله إلىٰ مكان آخر فصار كالبئر.

وله: أن ملكَ الحريمِ علىٰ خلافِ القياس خالفناه بالنص (الوارد في البئر)[٥] فيقتصر علىٰ مورد النصِّ، ولا يتعدىٰ، ولا يثبت في غيرِه إلَّا بطريق الدلالةِ دون القياس، وهو أن يكون في معناه من كلِّ وجهٍ، وليس كذلك فإن الحاجةَ في البئر إلى الحريم أكثرُ؛ لأن الانتفاع بالبئرِ موقوف على الاستقاء، والاستقاء موقوف علىٰ (الحريم)[٦]، بخلاف النهر؛ لإمكان الانتفاع به بدون الحريم[٧].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٢٢-٢٢٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٨-٢٩٩، و«الهداية» ٤/ ٤٣٩، و«الاختيار» ٣/ ٨٥-٨٦.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الهداية» ٤/ ٤٣٩.

(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٥) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب) و(ج).

(٦) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٧) «الهداية» ٤/ ٤٣٩.

فصل في الشرب[1]

هٰذا الفصل بمجموعه من الزوائد إلَّا المسألة الخلافية، والشرب هو النصيب من الماء /١٥أ/ قال الله تعالىٰ: ﴿ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ [الشعراء: ١٥٥].

قال: (ويجوز قسمة الماءِ بين الشركاء).

القسمة علىٰ نوعين: قسمةٌ باعتبارِ الملكِ، وقسمةٌ باعتبارِ الحقِّ كقسمة الغنائم، واقتسام الشركاء للماء من باب قسمة الحقِّ وبُعث النبي ﷺ والناس يفعلونه فأقرهم عليه[2].

قال: (ودعوى الشرب بغير أرضٍ).

وهٰذا ٱستحسان؛ لأن الأرضَ ليس من لوازم الشربِ؛ لجواز أن يكون حقّه في الشربِ دون الأرضِ بأن ٱشترى الأرض والشرب، ثم باع الأرضَ وأبقى الشربَ أو ورثه، ويجوز أن يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاصِ والخمرِ[3].

قال: (ويورث ويوصي بمنفعته لا برقبته، ولا يباع ولا يوهب ولا يتصدق به).

---

(١) الشرب لغةً: بالكسر الحظ من الماء أو النصيب من الماء.
«المصباح المنير» ص١٨٥، و«مختار الصحاح» ص٣٠٤ مادة (شرب).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٠٥، و«الاختيار» ٣/ ٨٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٧٩.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٦، و«الهداية» ٤/ ٤٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٨٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٨٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٤.

أما الإرث، فلأنه حق مالي فيجري فيه الإرث، وأما الإيصاء به وإن كان مجهولًا فذلك غيرُ مانعٍ من الوصية؛ لأن الوصيةَ مبنيةٌ على السعة حتىٰ جازت للمعدوم وبالمعدوم.

وأما عدم جواز (البيع)[١] والهبة والصدقة فلأن القبض من لوازمها وهو غير متصور ولاشتماله على الجهالة الفاحشة؛ ولأنه غير متقوم حتىٰ لو سقىٰ به غيره لا ضمان عليه، ولا يصلح مهرًا، ولا بدلًا في الخلع، ولا في الصلح عن دعوىٰ مالٍ، ولا في القصاص حتىٰ يجب مهر المثل، وتردُّ المختلعةُ ما قبضت من المهر، وتجب الدية، ويسقط القصاص[٢].

قال: (ويشترك الناس في ماء الأودية والأنهار العظام في الشفة وسقي الأراضي ونصب الأرحية، وفي الشفة لا غير في النهر الخاصِّ بالقرية والبئر والحوض، وليس لأحد أن يأخذ شيئًا مما أحرز منه إلَّا برضا صاحبه).

المياه أنواع: الأول: ماء البحر وهو عام بجميع الٱنتفاع بالشفة[٣]، وسقي الأراضي، وشق الأنهار، ولا يمنع أحد من ذلك؛ كالانتفاع بالشمس والهواء[٤].

---

(١) في (ب): (الخلع).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٦-٢٩٧، و«الاختيار» ٣/ ٨٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٦.

(٣) ٱنظر تعريفها ص١٨٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٤، و«المبسوط» ٢٣/ ١٧٤-١٧٥، و«الهداية» ٤/ ٤٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٨٨.

والثاني: ماء الأودية والأنهار العظام كسيحون[١] وجيحون[٢] والفرات ودجلة والنيل، يشترك (الناس)[٣] مسلمهم وكافرهم فيها وينتفعون بها بالشفة، وسقي الأراضي وشق الأنهار إذا لم يضر بالعامة، وذلك بأن يحيي مواتًا ويشق نهرًا لسقيها ليس في ملك أحد؛ لأنه مباحٌ وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك؛ لأن دفعَ الضرر عنهم واجب، وذلك بأن يكسر مسناة[٤] فيميل الماء إلىٰ جانبها فتغرق الأراضي والقرىٰ، وكذا شق الساقية[٥] كالرحىٰ[٦] والدالية[٧][٨].

---

(١) سَيْحون: بفتح أوله وسكون ثانيه وحاء مهملة وآخره نون، نهرٌ مشهورٌ كبيرٌ بما وراء النهر قرب خُجنده بعد سمرقند يجمد في الشتاء حتىٰ تجوز علىٰ جمده القوافل وهو فىٰ حدود بلاد الترك. «معجم البلدان» ٣/ ١٠.

(٢) جَيحون: بالفتح وهو أسم أعجمي وقد تعَسّفَ بعضهم فقال: هو من جاحه إذا أستأصلَه ومنه الخُطُوب الجوائح سمي بذلك لاجتياحه الأرضين. «معجم البلدان» ٢/ ٤٠.

(٣) من (ب).

(٤) مسناة: سد يبنىٰ لحجز ماء السيل أو النهر خلفه فيه فوهات لمرور الماء منها يفتح بقدر الحاجة. «معجم لغة الفقهاء» ص٣٩٩، مادة (مسناة). و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٥٧، مادة (سنا).

(٥) الساقية: القناة تسقي الأرض والزرع، والدولاب يدار فيرفع الماء إلى الحقل. «معجم لغة الفقهاء» ص٢١٣، مادة (ساقية). و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٣٧، مادة (سقىٰ).

(٦) الرحىٰ: مقصور الطاحون والضرس وهما حجران مستديران يوضع أحدهما على الآخر ويدار الأعلىٰ علىٰ قطب. «المصباح المنير» ص١٣٦، مادة (رحي)، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣٣٥، مادة (رحت).

(٧) الدالية: جذع طويل يركب تركيب مداق الأرزوفىٰ رأسه مفرفة كبيرة يسقىٰ بها يديرها الماء أو الحيوان. «المغرب في ترتيب المعرب» ١/ ٢٩٢، مادة (دلب)، و«معجم لغة الفقهاء» ص١٨٢، مادة (دالية).

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٤، و«الهداية» ٤/ ٤٤٠، و«الاختيار» ٣/ ٨٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٢.

والثالث: الماء الجاري في نهرٍ خاصٍ لقرية فلغيرهم فيه شركةٌ للشفة، وهي الشرب وسقي الدواب، ولهم أخذُ الماء للوضوء وغسل الثيابِ والخبز والطبخ لا غير وإن أتىٰ على الماء كلِّه، لقوله ﷺ: «**الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار**»[١]. إلَّا أنه خصَّ الشرب في النهر الخاصِّ لدفع الضرر عن أهله، وبقي حق الشفة للضرورة إما لشدة الحاجة أو لعدم القدرة على ٱستصحاب الماء في كل مكان، فالبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص[٢].

والرابع: (ما أحرز)[٣] في جبّ[٤] ونحوه، فليس لأحدٍ أن يأخذ منه شيئًا إلَّا برضا صاحبه، وله بيعه؛ لأنه مباحٌ سبقت إليه يدُ الخصوص بالإحراز فأشبه الصيد، والحشيش وجواز بيعه لأنه ملكه، إلَّا أنه لا تقطع في سرقته لشبهة الشركة[٥].

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٧٧) من حديث رجل من الصحابة بلفظ: «**المسلمون شركاء...**» وابن ماجه (٢٤٧٢) بلفظه من حديث ابن عباس بزيادة «**وثمنه حرام**».

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ١٦٤، و«الهداية» ٤/ ٤٤١، و«الاختيار» ٣/ ٨٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٢.

(٣) في (ب): (ماء أحرز، وفي (ج): (ما أجري.

(٤) الجب: البِئرُ مذكر، وقيل: هي البِئر لم تُطْوَ، وقيل: هي الجَيِّدةُ الموضع من الكَلإِ، وقيل: هي البِئر الكثيرة الماءِ البَعيدةُ القَعْرِ، وقيل: لا تكون جُبًّا حتىٰ تكون ممّا وُجِدَ لا مِمَّا حفَرَه الناسُ والجمع أَجْبابٌ وجِبابٌ وجِبَبَةٌ.
«لسان العرب» ١/ ٢٤٩، و«مختار الصحاح» ص٢٩١، مادة (جبب)، و«الكليات» ص٣٥٤، مادة (الجب).

(٥) «المبسوط» ٢٣/ ١٦٤-١٦٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٤، و«فتح القدير» ١٠/ ٨٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٣.

قال: (وإذا كان النهر أو العين في ملك رجل جاز له منع غيره من دخوله، فإن لم يجد غيره مكنه منه أو أخرجه إليه، فإن منعه وهو يخاف العطش قاتله بالسلاح، وفي المحرز بغير سلاح).

رجل في ملكه عين أو بئرٌ أو نهرٌ فله أن يمنع من يريد الشفةَ من دخول ملكه إذا كان يجد ماءً غيره بقربه في أرض مباحةٍ، فإن لم يجد ماءً غير ذلك فإما أن يتركه يأخذ الماء بنفسه بشرط السلامة، وإما أن يخرج الماء إليه، فإن منعه بعد ذلك وهو يخاف العطش علىٰ نفسه أو علىٰ مطيته فله أن يقاتله بالسلاح، لما روي أن قومًا وردوا ماءً فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا فقالوا: إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع. فأبوا أن يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال: هلَّا وضعتم فيهم السلاح. ولأنه منع عن حقِّه؛ لأن حقه ثابتٌ في الشفةِ فكان له أن يقاتله عنه. وأما في المحرز في الإناءِ فله أن يقاتله بغير سلاح؛ لأنه ملكه بإحرازه ومنعه عما أمر به من إيصال قدرِ حاجته إليه (فالمنع خلاف)[1] الأمر فيقاتله لمخالفة الأمرِ. وهكذا الطعام (في)[2] حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء في الإباحة والمقاتلة والضمان[3].

والأصلُ في هٰذا الفصل قوله ﷺ: «**المسلمون**» -وفي رواية-: «**الناس مشتركون في ثلاث: في الكلأ والنار والماء**»[4] أما الماء

(١) في (أ)، (ج): (فالمنع خلاف). (٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٣٦، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٥، و«فتح القدير» ١٠/ ٨٠-٨١.

(٤) انظر الحديث قبله.

فحكمه ما ذكرناه، وأما الكلأ وهو (الذي ٱنبسط)[١] على الأرض ولا ساقَ له كالإذخر ونحوه، فما كان منه في أرضٍ مباحةٍ فهو على الشركة، وإن كان في أرضٍ مملوكةٍ وهو قد نبتَ بنفسه فهو كالنهرِ في أرضه لا يمنع منه أحدًا، وله المنع من الدخول في ملكه، وإن لم يجد غيره فعل ما مر من التفصيل في الماء، وإن قصد إنباته فهو مملوك له، وأما النار فإذا أوقدها كان الجمر ملكه والناس مشتركون في الٱستضاءة والاصطلاء وإشعال[٢] السرج وإنما كان الجمر ملكه؛ لأنه من الحطب الذي /١٥ب/ هو ملكه، والنار[٣] جوهر الجمر ولأنا لو أطلقنا الناس فيه لم يبق للموقد ما يصطلي به، ولا ما يخبز ويطبخ وإن كان الإيقاد في ملكه فله منع غيره من الدخول في ملكه لا من الٱنتفاع بالنار كما مرَّ في الماء والكلأ[٤].

قال: (وتكرى الأنهر العظام من بيت المال، والمشتركُ من الشركاء دون أهل الشفة، ويجبر من يمتنع منهم، ومؤنة الكرىٰ إذا جاوز أرض رجل مرفوعة عنه، وقالا: كري كله علىٰ كلهم).

أما الأنهرُ العظام فكريها علىٰ بيت المال؛ (لأن منفعتها للعامة فتكون في مالهم، وإن لم يكن في بيت المال)[٥] شيء أجبر الناس عليه عند دعاء

---

(١) في (ب): (ما ٱنبسط).

(٢) في (ب): (استعمال).

(٣) في (ج): (النور).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١٣٦، و«المبسوط» ٢٣/ ١٦٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٥، و«فتح القدير» ١٠/ ٨٠-٨١.

(٥) ساقط من (ب).

الحاجة إلى الكرىٰ؛ إحياءً لحقهم ودفعًا للضرر عنهم، فيخرج الإمامُ من يطيق العمل ويجعل مؤنتهم علىٰ أهل اليسار الذين لا يطيقون العمل[1]، وأما المملوك للعامة فمؤنة الكري على العامة في ذلك النهر؛ لأن منفعته راجعةٌ إليهم فيكون الحرج عليهم، ومن أبىٰ منهم وامتنع أجبر علىٰ ذلك دفعًا للضرر العام -أعني: ضرر الشركاء- بالضرر الخاص، كيف وفيه منفعته أيضًا؟ وأما المملوك لجماعة مخصوصين فكريه عليهم؛ لعود نفعه إليهم، ومن أبىٰ منهم أجبر عليه لما ذكرنا. وقيل: لا يجبر؛ لأن كلَّ واحد من الضررين خاصٌّ فيمكنه دفعه بالكري بأمر القاضي، ثم يرجع على الممتنع منهم.

ومعنىٰ قوله: (دون أهل الشفة) أن شركتهم في ذلك عامةٌ فلم يكن عليهم قسطٌ من الكري، وأما إذا جاوز أرضَ رجلٍ من الشركاء. قال أبو حنيفة[2] رحمه الله: مؤنة الكري ساقط عنه.

وقالا[3]: كري كلِّ النهر من أوله إلىٰ آخره علىٰ كلِّ الشركاء؛ لأنهم يشتركون في النهر ألا ترىٰ أنه لو بيعت أرض في أسفل النهر كانت الشفعة لهم جميعًا؛ ولأن أهلَ الأسفلِ يشاركون أهل الأعلىٰ في كري الأعلىٰ؛ لأنه مفتح مائهم فيشاركهم أهل الأعلىٰ في كري الأسفل؛ لأنه مصبُّ مائهم.

---

(١) «المبسوط» ٢٣/ ١٧٤-١٧٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٠٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٣-٢٤٤.

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ١٧٣-١٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٤.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

وله: أنه لا حاجة لأهل الأعلىٰ في سقي (أرضهم)[1] إلىٰ كري الأسفل فلا يشاركهم في كري الأسفلِ بخلاف أهل الأسفل؛ لأنهم محتاجون إلىٰ كري الأعلىٰ في سقي مائهم. وأما كون الأسفل مصبَّ مائهم فلا أثر له في ذلك؛ لأنه إذا ٱستغنىٰ عن الماء أمكن سد فوهة النهر المنتهيةِ إلىٰ أرضه، وأما الشفعة فلاشتراكهم جميعًا في الفتح شركةً خاصة، ألا ترىٰ أنه لو كثر شركاءُ النهرِ فكانوا مائة فصاعدًا لا شفعة لأحدٍ بسبب الشركة في النهرِ؛ لأنها شركة عامة، فالضررُ الواقع بالدخيل لا يبلغ مبلغًا يستوجب الدفع[2].

قال: (وإذا كان له مجرىٰ في أرض غيره فليس لرب الأرض منعه).

لأنه مستعمل بأجراء مائه عملًا بالبينة وعلىٰ هٰذا المصب في نهرٍ أو علىٰ سطح والميزاب والطريق في دار غيره، إلَّا أنه لابد من تعيين جهة المصب لتفاوته[3].

قال: (وإذا ٱختصموا في شرب كان بينهم علىٰ قدر أراضيهم).

لأن المقصودَ من الشربِ إنما هو سقي الأرض فيقدر بقدر الأرضِ[4].

---

(١) في (ب): (أراضيهم).

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ١١٣-١١٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٤.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٩، و«الهداية» ٤/ ٤٤٣، و«الاختيار» ٣/ ٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢١٧.

(٤) «المبسوط» ٢٣/ ١٧٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٤٣-٤٤٤، و«الاختيار» ٣/ ٩١، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٤٤-٢٤٥.

قال: (وليس للأعلىٰ أن يسكر ليستوفي إلَّا بتراضيهم).

لأن الماءَ حقهم جميعًا، ففي إسكاره لاختصاصه منعُ الباقين من حقوقهم وهو حبسُ الماء عنهم في بعض المدة، فإن رضوا بذلك فقد أسقطوا حقوقَهم[١].

قال: (ولا يشقُّ أحدهم منه نهرًا، ولا ينصب رحىٰ، ولا يتخذ جسرًا ولا يسوق شربَهُ إلىٰ أرض أخرىٰ ليس لها شرب إلَّا بتراضيهم).

أما شقُّ النهرِ ونصب الرحىٰ؛ فلما فيه من كسر النهر وإشغال ملك الغير ببنائه، إلَّا أن تكون الأرض له خاصة، ولا يضر ذلك بالماء ولا بالنهر فيجوز لكونه تصرفًا في ملك نفسه من غير إضرارٍ بالغير. وأما اتخاذ الجسر فهو كاتخاذ طريقٍ خاصٍّ بين قوم، وأما (سوق شرب إلىٰ أرض)[٢] أخرىٰ فلأن ذلك يؤول إلىٰ تقادم العهد فيدعي به من ليس له استدلالًا بسوقه إلىٰ تلك الأرضِ، فإذا رضوا بذلك (فقد)[٣] أسقطوا حقوقهم، فجاز[٤].

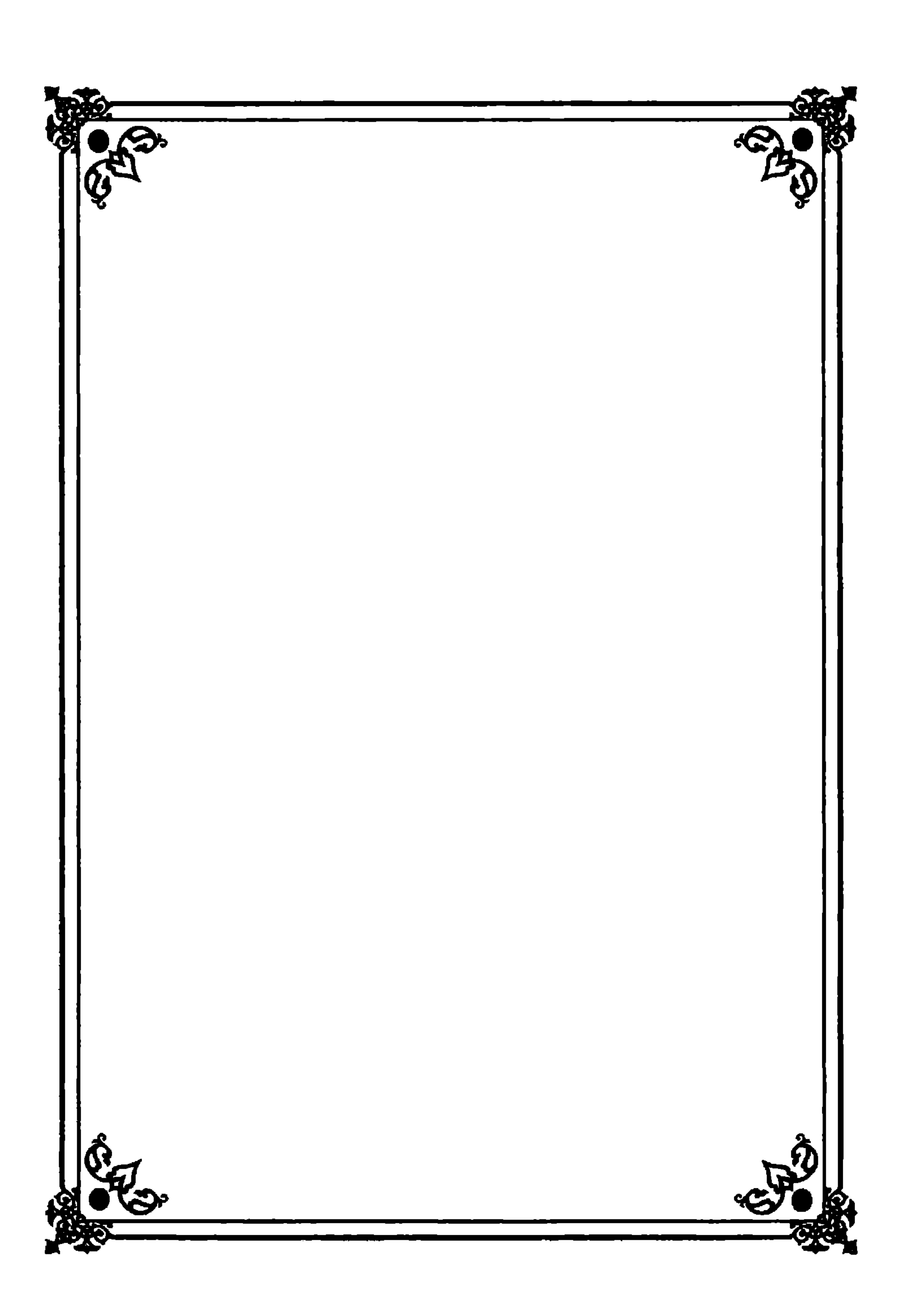
---

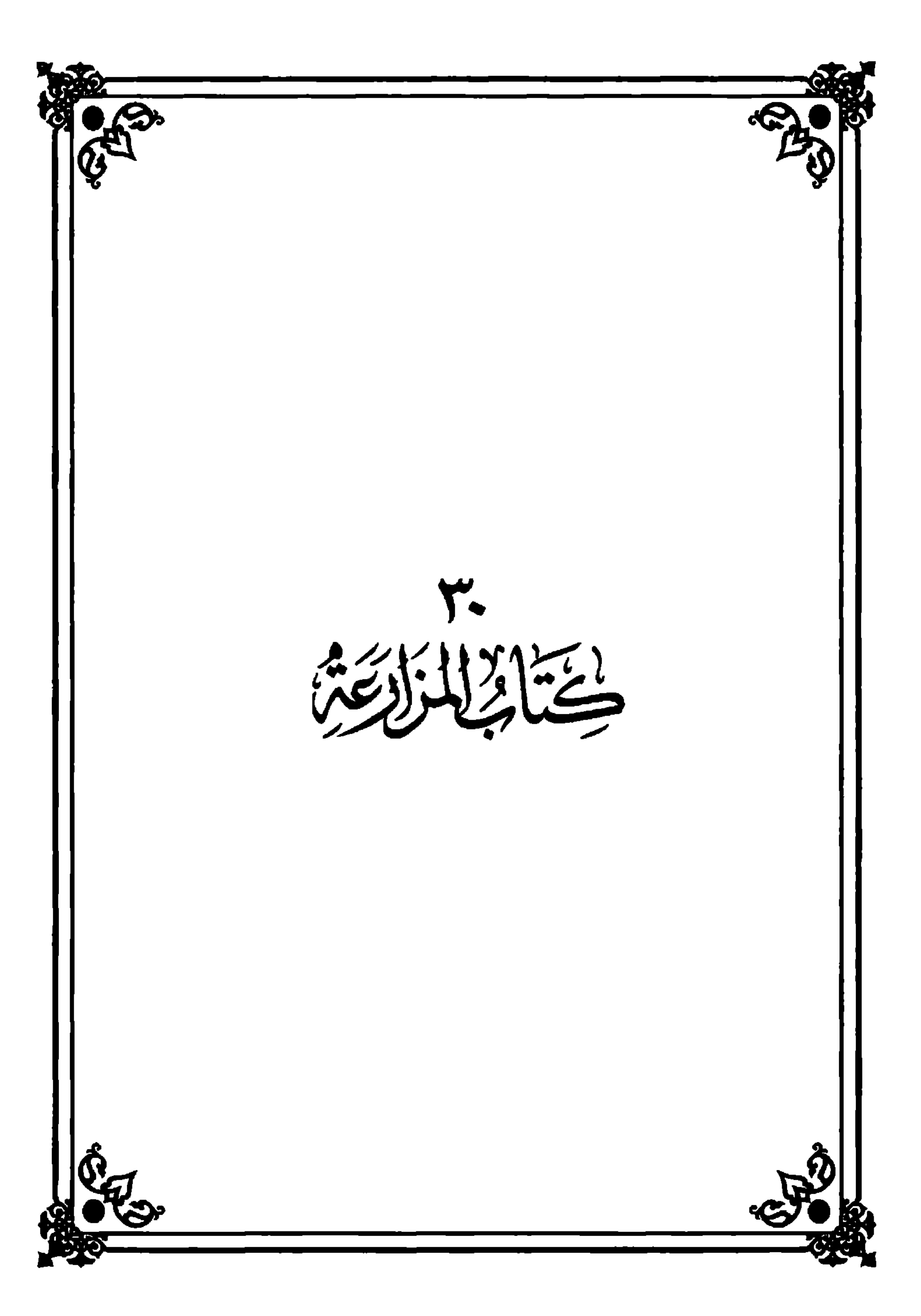
(١) «المبسوط» ٢٣/ ١٧٢-١٧٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٤٤، و«الاختيار» ٣/ ٩١.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

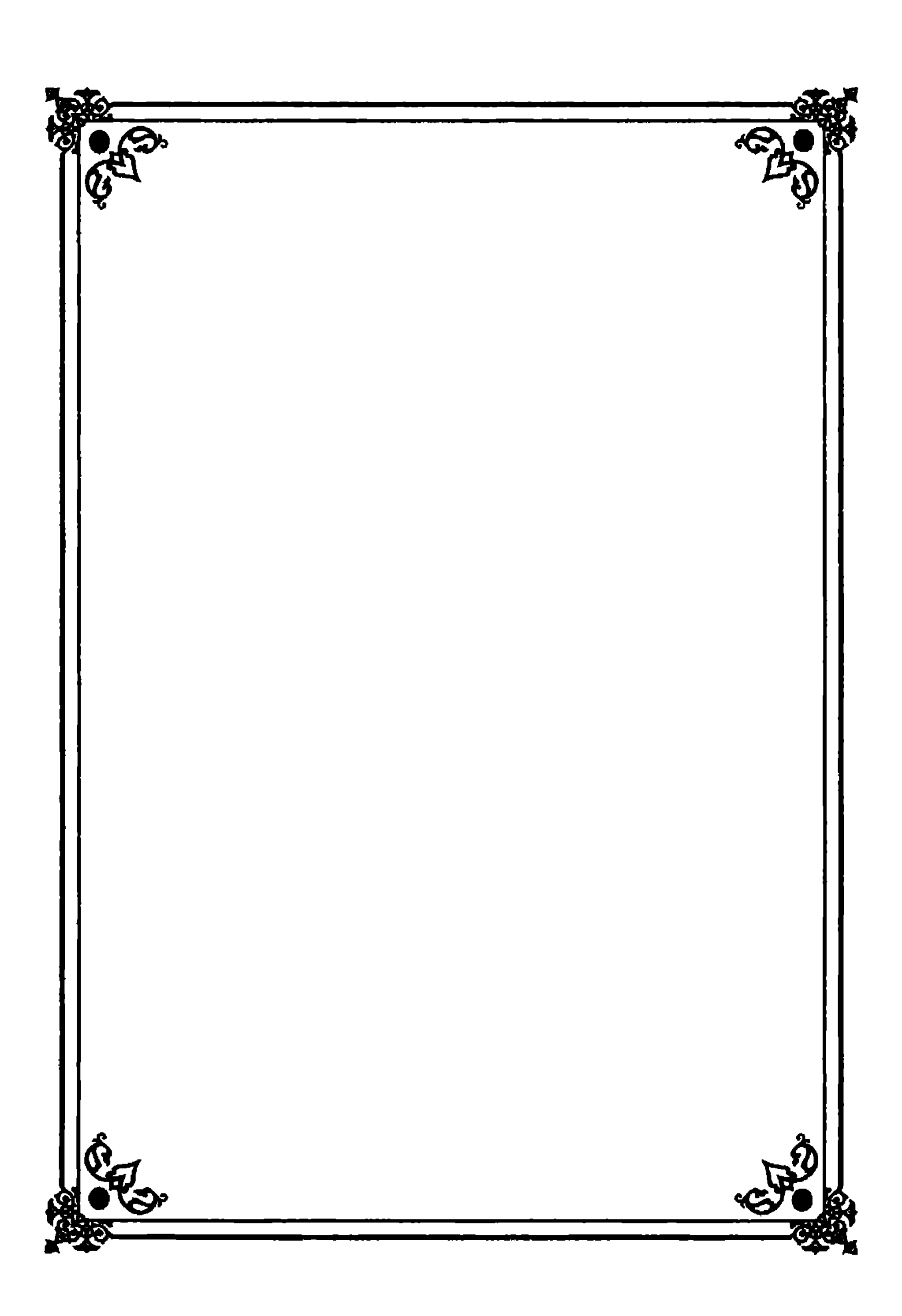
(٣) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٤) «المبسوط» ٢٣/ ١٧٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٧، و«الهداية» ٤/ ٤٤٤-٤٤٥، و«الاختيار» ٣/ ٩٠.





٣٠
كتاب المزارعة



كتاب المزارعة[١]

المزارعة[٢]: مفاعلة من الزراعة، وهي الحراثة والفلاحةُ، وتسمىٰ مخابرة[٣]، مشتقة من خيبر، فإنَّه ﷺ دفعَ خيبر مزارعةً، فسميت مخابرة، وتسمىٰ محاقلةً[٤] من الحقل، وهو الزرعُ إذا انشقت[٥] قبل أن يغلظ سوقه، أو الأرض الطيبة الصالحة للزرع، وهي في الشرع: عقد على الزرع ببعض الخارج، والمعاملة هي المساقاة ببعض الثمر[٦].

قال: (وهي باطلةٌ، وقالا: جائزةٌ، ويختار للفتوىٰ).

إنما صرح بقولهما وإن كان يفهم من الإطلاق الجملة الأسمية؛ لأنَّه لما أعقبه باختيار الفتوىٰ فذكره صريحًا، أوضح وأدل على الأهتمام به من أن يدلَّ على المختارِ بالالتزام، والمفهوم (لهما أنَّ النبي ﷺ

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الشرب لا يكون الأ فى الزرع وهو محتاج إليه ليحصل النماء. «المستجمع شرح المجمع».

(٢) المزارعة لغةً: زرع الحب زرعًا وزراعه بذره والأرض حرثها للزراعة، زراعة، مزارعةً عامله بالمزارعة. «المصباح المنير» ص١٥٣، و«مختار الصحاح» ص٢٥١، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣٩٢. مادة (زرع).

(٣) وقيل سميت من الخبير وهو الأكار أو من الخبرة بالضم النصيب أو من الخبار الأرض اللينة.
«الاختيار» ٣/ ٩٢.

(٤) محاقلة: قيل المحاقلة بيع الزرع وهو فىٰ سنبله بالبر.
«الصحاح» / ٢٥١ مادة حقل، و«معجم لغة الفقهاء» / ٣٧٨ مادة محاقلة.

(٥) في (ب): (انشعبت).

(٦) «الكتاب» ٢/ ٢٢٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٢، و«الهداية» ٤/ ٣٨٣، و«الاختيار» ٣/ ٩٢.

عامل)[١] أهل خيبر علىٰ نصف ما يخرج من تمرٍ أو زرع، ولأنَّ المزارعةَ عقد شركةٍ بين المال والعمل، فيجوز ٱعتبارا بالمضاربة (والجامع دفع)[٢] الحاجة، فإنَّ ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل، والقادر على العمل قد لا يجدُ المال، فمسَّت الحاجة إلى ٱنعقاد هٰذا العقد بينهما، أصل عقد القراض علىٰ أنَّ الغرور والخطر في المزارعة أقلُّ منها في القراض، فكانت أولىٰ بالجواز[٣].

وله ما روىٰ رافع بن خديج[٤]، قال: نهانا /١٦١أ/ رسول الله ﷺ إذا كان لأحدنا أرضٌ أن نعطيها ببعض الخارج ثلث أو نصف، وقوله ﷺ: «**من كانت له أرض فليزرعها، أو يمنحها أخاه**»[٥] وهٰذا متأخرٌ، فيكون ناسخًا، وعن ابن عمر ﷺ: كنا نخابر ولا نرىٰ بذلك بأسا، حتىٰ ذكر رافعُ بنُ خديج: أنه ﷺ نهىٰ عن المخابرة فتركناها[٦]؛ ولأنه ٱستأجر

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٢) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، و(ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٢-٢٧٣، و«الهداية» ٦/ ٣٨٣، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨١.

(٤) هو رافع بن خديج بن رافع: هو الصحابي الجليل رافع بن خديج بن رافع بن عدي الأنصاري الخزرجي المدني، ٱستصغر يوم بدر، وشهد أحدًا والمشاهد، ومات سنة (٧٤هـ)، وله (٨٦) سنة، وكان ممن يفتي بالمدينة زمن معاوية وبعده، وكان عالما بالمزارعة والمساقاة.

انظر ترجمته في: «التاريخ الكبير» ٣/ ٢٩٩-٣٠٢ (١٠٢٤)، و«الجرح والتعديل» ٣/ ٤٧٩ (٢١٥٠)، و«الثقات» لابن حبان ٤/ ٢٣٥، و«الاستيعاب في معرفة الأصحاب» ٢/ ٥٩-٦٠ (٧٢٨)، و«تهذيب الأسماء واللغات» ١/ ١٨٧ (١٦٢).

(٥) رواه البخاري (٢٦٣٢)، ومسلم (١٥٣٦).

(٦) رواه مسلم برقم (١٥٤٧) كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض.

بأجرة مجهولةٍ أو (معلومةٍ)[١]، وكلٌّ ذلك موجبُ للفساد، ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كانت خراج مقاسمةٍ بطريق الصلح، وأنَّه جائزٌ، وإذا فسدت عنده فتبقى الأرض وكريها، ولم يخرج شيء، فله أجر مثله إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان من قبل العامل، فعليه مثل أجرة الأرض، والخارج في الوجهين لصاحب البذر؛ لأنه قام علىٰ ملكه وللآخر الأجر.

والفتوىٰ علىٰ قول أبي يوسف[٢] ومحمد[٣] رحمهما الله فيها وفي المساقاة، لحاجة الناس إليها وظهور التعامل بها بين (الأمة)[٤]، والقياس بتركه للتعامل كما في الاستصناع.

قال الحصيري[٥]: وأبو حنيفة ﷺ هو الذي فرَّع هٰذه المسائل علىٰ أصوله؛ لعلمه أنَّ الناسَ لا يأخذون بقوله في ذلك[٦].

---

(١) في الأصل: (معدومة)، والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٢-٢٧٣، و«الهداية» ٦/ ٣٨٣، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨١.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) في (ب): (و(ج): (الأئمة).

(٥) هو أبو المحامد محمود بن أحمد الحَصيري، البخاري، تفقه ببخارىٰ علىٰ قاضي خان، ودَرَّس بدمشق، وأفتىٰ، وحدَّث، وله «التحرير» في شرح «الجامع الكبير».
انظر ترجمته في: «سير أعلام النبلاء» ٢٣/ ٥٣ (٣٦)، و«تاج التراجم» ص ٢٤٤ (٢٧٢).

(٦) «الاختيار» ٣/ ٩٣.

قال: (ونجيزها من غير تبعية المساقاة، واتحاد العامل والعقد، وعسر الإفراد بالعمل، وتخلل البياض بين ما سوقي عليه).

(إفراز) المزارعة عندنا[١] جائزةٌ على المفتىٰ عليه. ومذهب الشافعيِّ[٢] ﵀: تجوز المزارعة على الأراضي المتخللة بين النخل والكَرْم[٣]، تبعًا للمساقاة بشرط ٱتحاد العامل، وعسر إفراد الأراضي بالعمل فلو وقعت مغايرة بتعدد الصفقة، أو بتفاوت الجزء المشروط من الزرع والثمر، أو بكثرة الأراضي وعسر إفرادها بالعمل، ويكون البذرُ من العامل، ففي بقاء حكم التبعية في الصحة خلافٌ ذكره الغزالي ﵀ في «الوجيز»[٤].

ووجه ٱشتراط التبعية: أن الأصل في هٰذا الباب هو المضاربةُ والمعاملة -أعني: المساقاة- أشبه بالمضاربة؛ لاشتراكهما في الزيادة دون الأصل، وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الزيادة دون البذر، بأن (شرطا)[٥] رفعه من رأس الخارج فإنها تفسد، فجعلنا المعاملة أصلا والمزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الأرض. ولنا ما تقدم من تعليل قولهما[٦]، وشرطُ ٱتحاد العامل إلىٰ آخره من الزوائد.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«الكتاب» ٢/ ٢٢٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٨٤.

(٢) «الأم» ٤/ ١١، و«الموجيز» ١/ ٢٢٧، و«غاية البيان» ص٢٢٣-٢٢٤، و«مختصر التبريزي» ص٢٦٤.

(٣) الكرم: شجر العنب.والكرم القلادة. والكرمة رأس الفخذالمستدير. «المصباح المنير» ص٣١٦، و«مختار الصحاح» ص٩١٠، مادة (كرم)

(٤) ١/ ٢٢٧.

(٥) في (ب): (شرط).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٨٤.

قال: (ويشترط صلاحية الأرض، وأهلية العاقدين، والتخلية بينهما وبين العامل، والشركة في الخارج على الشيوع حتىٰ تفسد باشتراط قفزان معلومة لأحدهما، وبرفع البذر واقتسام الباقي، واشتراط ما على الماذيانات والسواقي، ويشترط بيان المدة، وجنسُ البذرِ، ومن هو عليه، ونصيب من لا بذرَ له).

لصحة المزارعة على المفتىٰ عليه شروط ثمانية: أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة؛ لأن ما هو المقصود من الزرع لا يحصل إلَّا بذلك[1].

والثاني: أن يكون ربُّ (الأرض)[2] والمزارع من أهل العقد، ولا ٱختصاص لهٰذا الشرط بالمزارعة، فإنَّ العقود لا تصحُّ إلَّا من الأهل[3].

والثالث: التخلية بين الأرض وبين العامل. والفائدة: أنه لو شرط فيها أن يعمل ربُّ الأرض يفسد العقدُ؛ لفوات التخلية[4]، وهٰذِه الثلاثة من الزوائد.

والرابع: الشركة فيما يخرج بعد حصولِهِ على الشيوع؛ لأنَّ هٰذا العقدَ يقع على الشركة في الخارج ٱنتهاءً، والقاطع للشركة مفسدٌ للعقد، فعلىٰ هٰذا إذا (شرط)[5] لأحدهما قفزانا مسماةً فهي باطلة، لانقطاع الشركة؛

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧.

(٢) في (ب): (المال).

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٨٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٣.

(٤) «الهداية» ٤/ ٣٨٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧-٢٧٨.

(٥) في (أ)، (ب): (شرط).

لأنَّ الأرضَ عساها قد لا تخرج إلَّا ذلك القدر، فصار كاشتراط دراهم مسماة لأحدهما في المضاربة، وكذا لو شرطا أن يرفعَ صاحبُ البذر بذرَهَ ويكون الباقي بينهما؛ لانقطاع الشركة في بعضٍ معينٍ أو في جميعه، بأن لم تخرج الأرض إلَّا مقدار البذر المرفوع، وصار كما لو شرطا رفعَ الخراجِ في الأرض الخراجية، وأن يكون الباقي بينهما، بخلاف ما لو شرط صاحبُ البذرِ عُشرَ الخارج لنفسه، أو للآخر والباقي بينهما؛ لأنَّه معينٌ شائعٌ فلا يؤدي إلىٰ قطع الشركة، كما لو شرطا رفعَ العشر وقسمة الباقي في الأرض العشرية، وكذلك إذا شرطا ما على الماذيانات[1] والسواقي، يعني لأحدهما؛ لأنه يفضي إلىٰ قطع الشركة؛ لأنَّه قد لا تخرج الأرض إلَّا من ذلك الموضع المشروط[2].

والخامس: بيان المدة؛ لأن المزارعة قد عقدت علىٰ منافعِ الأرض، أو علىٰ منافعِ العامل، فلابدَّ من ذكر المدة؛ لتصير المنافع معلومةً بها؛ لأنَّها معيارها[3].

والسادس: بيانُ جنسِ البذر؛ ليصير الأجرُ معلومًا[4].

والسابع: بيان من عليه البذر؛ لتنقطع المنازعة، ويُعلم المعقودُ عليه وهو منافعُ الأرضِ، أو منافعُ العامل[5].

---

(١) الماذيانات: جمع ماذيانة وهي معربة وهي الأنهار العظام سميت بذلك لأنها تتولد منها الأنهار الصغار وهي السواقي لأنها كالسقايات.
«المغرب» ٢/ ٢٦٢.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٦-٢٧٧.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٠.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٨.

والثامن: بيان نصيب من لا بذر من قِبَلِهِ؛ لأنه يستحق نصيبه عوضًا بالشرط، فلابدَّ من أن يكونَ معلومًا، (فإن ما لم يعلم لا يستحق)[١] شرطا بالعقد[٢]، وهٰذِه المسألة الأخيرة من الزوائد.

قال: (فإن كانت الأرض والبذر لواحدٍ، والعمل والبقر للآخر، أو الأرض وحدها، أو العمل وحده من أحدهما، والباقي من الآخر جازت، أو البقر والأرض /١٦ب/ لأحدهما لم تجز، ويجيزها في رواية).

هٰذِه أربعة أوجه: أولها: إذا كانت الأرضُ والبذر لواحدٍ، والعمل والبقر لآخر جازت المزارعةُ؛ لأنَّ البقرَ آلةٌ في العمل، فجاز كما إذا ٱستأجر خيَّاطا ليخيط له بإبرة من الخيَّاط[٣].

الثاني: أن تكون الأرض وحدها لواحد، والعملُ والبقرُ والبذرُ من الآخر جازت؛ لأنَّ ذلك ٱستئجار الأرض ببعضٍ معلومٍ من الخارج، فيجوز كما لو ٱستأجرها بدراهمَ معلومةٍ[٤].

---

(١) في (ج): (فإنَّ كل ما يعلم لا يستحق).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٣-٢٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٨٣-٣٨٤، و«الاختيار» ٣/ ٩٣-٩٤.
«اللباب شرح الكتاب» ٢/ ٣٣٠-٣٣١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«الكتاب» ٢/ ٢٢٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٨، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٢.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«الكتاب» ٢/ ٢٢٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٨، و«الهداية» ٤/ ٣٨٤.

الثالث: أن يكون العملُ وحده لواحدٍ، والبقر والبذرُ والأرض لآخر جازت؛ لأنَّ ذلك ٱستئجار العمل بآلة المستأجر، فصار كما لو ٱستأجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرة ربِّ الثوبِ[(١)].

الرابع: أن تكون الأرضُ والبقرُ لواحدٍ، والبذرُ والعملُ للآخر، فهي باطلةٌ في ظاهر الرواية عنهما، وروي عن أبي يوسف[(٢)] ﷺ جوازُها؛ لأنَّه يكون العاملُ مستأجرًا للأرض ببعض الخارج، ويكون البقرُ المشروطُ علىٰ صاحبِ الأرض تبعًا للأرض، فتجوز كما يجعل البقر تبعا للعامل[(٢)].

ووجه الظاهر، وهو قول محمد[(٣)] ﷺ أن منفعة البقر لا تجانس منفعة الأرض، فلم يمكن جعل البقر تبعًا لها، فيبقىٰ مقصوده بنفسها فيصير العقدُ مشتملا على ٱستئجار البقر ببعض الخارج مقصودًا، وهٰذا باطلٌ؛ لأنَّ الشرعَ ورد باستئجار الأرض ببعض الخارج، وباستئجار العامل ببعض الخارج لا غير. واشتراط البقر على العامل؛ لموضع المجانسة بين منفعتي العمل والبقر؛ لكونه آلة له، بخلاف ٱشتراط البقرِ علىٰ صاحبِ الأرضِ؛ لعدم التجانسِ[(٣)].

قال: (فإذا صحَّت كان الخارج على الشرط، وإن لم يخرج شيء فلا شيءَ للعامل).

أما الأول: فلصحة الألتزام.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص١١٣، و«الكتاب» ٢/ ٢٢٩، و«الاختيار» ٣/ ٩٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٢.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٩.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص١٣٣، و«الكتاب» ٢/ ٢٢٩، و«المبسوط» ٢٣/ ٣٠-٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٩، و«الهداية» ٤/ ٣٨٤.

وأما الثاني: فلأنَّ العاملَ يستحق من الخارج نصيبًا بسبب الشركة. ولا شركة في غير الخارج، وإن كان مستأجرًا، فالأجر مسمىٰ فلا يستحق غيره بخلاف المزارعة الفاسدةِ؛ لأنَّ أجرَ المثلِ في الذمة، ولا تفوت الذمةُ بفوات الخارج[١].

قال: (وإذا فسدت كان لصاحب البذرِ، وأجر المثل للآخر (عن عمله أو أرضه)[٢]، لا يزادُ على المسمىٰ وأجازها).

أما الأول: فلأن الخارج نماء ملكه والآخر إنما يستحق بالتسمية، وقد فسدت التسمية فبقي النماءُ كله لصاحب البذر.

وأما الثاني: فإنَّ كان البذر من ربِّ الأرضِ فللعامل أجر مثلِ عمله، ولا يزادُ علىٰ ما شرطَ له؛ لأنه قد رضيَ بسقوط الزيادة، وهٰذا عند أبي حنيفة[٣] وأبي يوسف[٣] رحمهما الله، وقال محمد[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أجرُ مثله بالغًا ما بلغَ؛ لأنَّه ٱستوفىٰ منافعَه بعقدٍ فاسدٍ، فيجب عليه قيمةُ تلك المنافع؛ لأنه لا مثل لها، وقد مرَّ في الإجارة.

وإن كان البذرُ من قبلِ العاملِ، ولصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه ٱستوفىٰ منافع الأرض بعقدٍ فاسدٍ، فيجب ردُّها، وقد تعذَّر ولا مثلَ لها، فتجب قيمتُها، والزيادة على المشروط على الخلاف المذكور[٣].

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٣٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٠، و«الهداية» ٤/ ٣٨٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٤.

(٢) في (ب): (عملها وأرضه).

(٣) «الكتاب» ٢/ ٣٣١-٣٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٤-٢٨٥، و«الهداية» ٤/ ٣٨٦، و«الاختيار» ٣/ ٩٥.

قال: (ولو شرطا التبنَ لربِّ البذر بعد شرطِ الحبِّ نصفين جاز، لا للآخر، أو سكتا عنه، كان لربِّ البذر، وقيل بينهما).

إذا شرط أن يكون الحبُّ بينهما نصفين، فإن شرطا كون التبن لصاحب البذر فهٰذا صحيح؛ لأنَّ هٰذا الشرط حكمُ العقد، وإن شرطا التبنَ للآخر فسدت؛ لأنَّه شرطٌ يؤدي إلىٰ قطع الشركة؛ لأنَّ الأرضَ قد لا تخرج إلَّا التبنَ، فاستحقاق غير صاحبِ البذر بالشرط فاسدٌ، وإن سكتا عن ٱشتراطه لأحدهما فهو لصاحب البذر؛ لأنَّهما ٱشتركا فيما هو المقصود وهو الحبُّ، والتبنُ نماء بذره، وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشَّرط، وأنه مسكوتٌ عنه[1].

وقال مشايخ[2] بلخ[3]: التبنُ بينهما أيضًا؛ ٱعتبارًا للعرف فيما لم ينصّ

(١) «مختصر الطحاوي» ص١٣٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨١-٢٨٢، و«الهداية» ٤/ ٣٨٥-٣٨٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٤.

(٢) مشايخ: الشيخ من طعن في السن. ويعبر عمن يكثر علمه لما كان شأن الشيخ أن تكثر تجاربه ومعارفه والشيخ ذو المكانة من العلم والفضل والرئاسة .
«التوقيف علىٰ مهمات التعاريف» ص٤٤٣، و«المعجم الوسيط» ١/ ٥٠٢، و«معجم لغة الفقهاء» ص٢٣٨.

(٣) مشايخ بلخ: إذا أطلقت عبارة مشايخ بلخ أو بعضهم فهم حسب أسبقية وفياتهم.
١- خالد بن سليمان أبو معاذ البلخىٰ: أحد البلخيين الذين صحبوا الإمام أبا حنيفة حيث شارك أبا يوسف وأبا مطيع فى الدرس، ت سنة ١٩٩هـ
٢- الحكم بن عبد الله أبو مطيع البلخىٰ: صحب الإمام أبا حنيفة وتلقىٰ عنه -وروىٰ كتاب الفقه الأكبر عنه- كان مشهورًا بالفقه وروى الحديث، ت ١٩٩ هـ وقيل ١٩٠هـ.
٣- خلف بن أيوب أبو سعيد البلخي العامرىٰ: فقيه متبحر. صحب محمد بن الحسن وزفر. ت ٢١٥هـ وقيل ٢٠٥ هـ وقيل ٢٢٠هـ.

عليه المتعاقدان، ولأنَّه (تابعٌ للحَبِّ)[١] فيقومُ بشرط الأصل[٢]، وهٰذِه

٤- عاصم بن يوسف أبو عصمة البلخى الباهلىٰ: كان وأخوه إبراهيم شيخي أهل بلخ فىٰ زمانيهما. صحب أبا حنيفة وأخذ عن أبي يوسف ومحمد ت ٢١٥هـ وقيل ٢١٤هـ.
٥- إبراهيم بن يوسف أبو إسحاق البلخى الباهلىٰ: صحب أبا يوسف وزفر وكان شيخ أهل بلخ فىٰ زمانه مع أخيه عصام بن يوسف وروى الحديث وأخذ عن مالك بن أنس حديثًا واحدًا ت ٢٣٩ هـ وقيل ٢٤١هـ.
٦- نصير بن يحيىٰ أبو بكر البلخىٰ: روى الحديث ت ٢٦٨هـ.
٧- محمد بن سلمة أبو عبد الله البلخىٰ: روى الحديث ت ٢٧٨هـ وقيل ٢٧٩ هـ.
٨- محمد بن سلام أبو نصر البلخىٰ: روى الحديث ت ٣٠٥.
٩- محمد بن خزيمة أبو عبد الله الفلاس البلخىٰ: له أختيارات فى المذهب ت ٣١٤هـ.
١٠- أحمد بن حسام بن عصمه وقيل (عضد) أبو القاسم الصفار البلخىٰ من مشاهير بلخ ومفاخرها ومن فقهائها المعدودين ت ٣٢٦ - وقيل ٣٢٦.
١١- محمد بن أحيد وقيل أحمد أبو بكر الأسكاف البلخىٰ طلب العلم متأخرًا ت ٣٣٣ هـ - وقيل ٣٣٦هـ.
١٢- محمد بن أبىٰ سعيد وقيل سعيد أبو بكر الأعمش البلخىٰ ت ٣٢٨ وقيل ٣٤٨ هـ.
١٣- علىٰ بن أحمد أبو الحسن الفارسى البلخىٰ ت ٣٣٥-٣٥٥.
١٤- محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر أبو جعفر الهنداوى البلخىٰ. يعرف بالفقيه كانوا يسمونه أبا حنيفة الصغير لفقهه ت ٣٦٢هـ.
١٥- نصر بن محمد بن إبراهيم أبو الليث: سبق تخريجه ص ٧٤.
هٰؤلاء هم المكثرون فى الفتيا وهم المشهورون، أما المقلون فهم:
١- الليث بن مساور أبو يحيى البلخىٰ كان قاضيًا ببلخ . ت ٢٢٤هـ وقيل ٢٢٦ هـ.
٢- محمد بن عقيل بن الأزهر أبو عبد الله البلخىٰ. كان من المحدثين الكبار الثقات ت ٢٧٨هـ وقيل ٣١٦هـ.
٣- أبو بكر شاذان وقيل بن شاذان وقيل أسمه نصر بن يحيىٰ أبو بكرولقبه شاذان البلخىٰ - لم تذكر سنة وفاته. «مشايخ بلخ من الحنفية وما أنفرد به من المسائل الفقهية» د- محمد محروس المدرس.

(١) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٧٦، و«تبيين الحقائق» ٥/ ٢٨٢.

الجملة من الزوائد.

قال: (وإذا ٱمتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه، أو الآخر أُجبر).

لأنَّ الذي من قِبله البذر لا يمكنه الوفاءُ بالعقد إلَّا بإتلاف بذره، فلا يُجبر عليه كمن ٱستأجَر أجيرًا ليهدم داره، وكمن باع جذعًا في سقفٍ، أو ذراعا من ثوبٍ إنه فاسد؛ لأنَّه لا يقدرُ على الوفاءِ إلَّا بضررٍ يلزمه، وليس كذلك الآخرُ الذي ليس من قبله البذرُ؛ لأنَّه لا يتلف مالُه بإبقاء العقد، والعقدُ لازمٌ فالتحق بالإجارة إلَّا أن يكون هناك عذرٌ مما تُفسخ به الإجارة، فإنه تفسخ به المزارعة[١].

قال: (وإذا مات أحدهما بطلت).

اعتبارًا بالإجارة، (ولو كان)[٢] دفع الأرض ثلاثَ سنين، فلمَّا نبت الزرع في السنة الأولىٰ ولم يستحصد، مات ربُّ الأرض يترك الزرع في الأرضِ في يد المزارع إلىٰ أن يستحصد الزرعَ، ويقسم على الشرط ثم تنتقض (المزارَعةُ فيما بقي من السنتين؛ لأنَّ في الإبقاءِ في السنة الأولىٰ/ ١٧أ/ رعايةً للحقين، فخولفَ القياسُ لذلك، بخلاف ما بقي من السنين)[٣]؛ لأنه لا يلحق العاملَ ضررٌ، فيحافظ فيه على القياس[٤].

قال: (وإذا ٱنقضتِ المدة قبل الإدراك، كان على المزارعِ أجرُ

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٣٢، و«الهداية» ٤/ ٣٨٦، و«الاختيار» ٣/ ٩٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٤-١٨٥.

(٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «الكتاب» ٢/ ٢٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٨، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٥.

مثلِ نصيبه من الزرع، وعليهما النفقة علىٰ مقدار حقوقهما إلىٰ أن يستحصد).

إذا ٱنقضت مدةُ (المزارعةِ، والزرع لم يدرك)[١] بعد، كان على المزارع أجرُ مثلِ نصيبه من الزرع إلىٰ أن يستحصد، وكان عليهما أن ينفقا علىٰ مقدار حقوقهما (إلىٰ أن يستحصد؛ لأنَّ في تبقّية)[٢] الأرضِ بأجرة المثل/ ١٧أ/ رعاية النظر من الجانبين، وإنما كان الإنفاق عليهما؛ لأنَّ العقدَ قد ٱنتهىٰ بانتهاء المدة المضروبة، فيكون هٰذا عملًا[٣] في المال المشترك، فيكون عليهما بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرض والزرع بقل[٤] حيث يكون العملُ على العامل؛ لأنا تيقنا[٥] العقد في مدته، وأنه يستدعي العمل على العامل[٦].

قال: (ويستأجران للحصاد، والرفاع، والدياس، والتذرية بالحصص، فإن شرطاه على العامل، فسدت، ويجيز ٱشتراط الحصاد عليه ومنعه).

هٰذا الحكم، وهو أنَّ أجرةُ الحصاد، والرفاع[٧]، والدياس[٨]،

---

(١) ، (٢) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٣) في (أ)، (ج): (مجملًا).

(٤) البقل: كل نبات ٱخضرت له الأرض.
«المصباح المنير» ص٤٠، و«مختار الصحاح» ص٦٣ مادة (بقل).

(٥) في (أ)، (ج): (بيّنا).

(٦) «الكتاب» ٢/ ٢٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٧-٢٨٨، و«الهداية» ٤/ ٣٨٧.

(٧) الرفاع: رفع الزرع: أن يحمل بعد الحصاد إلى البيدر.
«المصباح المنير» ص١٤٢، و«مختار الصحاح» ص٢٣٣. مادة (رفع).

(٨) الدياس: داس الرجل الحنطة يدوسها دوسًا، ووطء الزرع بقوائم الدواب أو بآلة

والتذرية[1] عليهما ليس مختصًّا بما إذا ٱنقضت مدةُ المزارعةِ قبلَ إدراك الزرع، لحصولِ المقصود وهو بعد ذلك مالٌ مشترك، والعقدُ مرفوعٌ فتجب المؤنةُ عليهما، وإذا شرط في العقد ذلك، والعقد لا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقدُ، كما لو شرط الحملَ أو الطحن على العامل، وأمَّا أبو يوسف[2] أجاز ٱشتراطَ الحصادِ على العامل؛ لأنَّ الناس تعارفوا ذلك وتعاملوا عليه، فنزل القياس به كالاستصناع، وهو ٱختيارُ بعضِ المشايخ، واختار بعضُهم للفتوىٰ.

وقال بعضُ المشايخ: إنَّ قولَ محمدٍ[4] هو أظهرُ القولين، والحاصلُ أن ما كان من العمل قبلَ الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك قبل القسمةِ كالحصاد والرَّفاع ونحوِه فهو عليهما، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، ولو شرط الحصادَ في الزرع على العامل لا يجوز بالإجماع[3]؛ لعدم العرفِ فيه.

حتىٰ ينفصل الحب عن التبن.

«مختار الصحاح» ص٢٠٢، و«معجم لغة الفقهاء» ص١٨٨.

(١) التذرية: ذرّيت تذريةً إذا خلّصته من تبنه والحب نقاه في الريح.
«مختار الصحاح» ص٢٠٨، و«المصباح المنير» ص١٢٦، و«المعجم الوسيط» ١/ ٣١١.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢٣٢-٢٣٣، و«المبسوط» ٢٣/ ٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٨٠-١٨١.

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٣٢-٢٣٣، و«المبسوط» ٢٣/ ٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٨٠-١٨١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٦.
والمراد بالإجماع: إجماع الحنفية.

فصل

قال: (ولو شرط النصفَ بالعمل في شهر كذا، والثلث في كذا، فالأول صحيح، وقالا: هما).

إذا قال: إن زرعت هٰذِه الأرضَ في شهر رجب فلك نصفُ الخارج، وإن زرعتها بعد رجبٍ فلك ثلثُ الخارج، فالشرطُ الأولُ هو الصحيحُ دون الثاني؛ تفريعًا علىٰ قول من يجيز المزارعةَ[١]، وقالا: الشرطان صحيحان، وهٰذِه المسألةُ قد مرَّ نظيرُها في الإجارة[٢].

قال: (ولو ٱختلفا فقال العامل: شرطت لي زيادة عشرة أقفزة علىٰ نصف الخارج وأنكرها ربُّ الأرض وذلك قبل العمل، فالقول له، وقالا: للعامل).

إذا ٱختلف ربُّ الأرض والمزارعُ، فقال ربُّ الأرضِ: شرطت لك نصفَ الخارجِ، وقال المزارعُ: شرطت لي نصفَ الخارج وزيادة عشرة أقفزة منه، وكان ذلك الأختلافُ واقعًا قبل العمل، فالقولُ قولُ ربِّ الأرض عند أبي حنيفةَ[٣] ﷺ، تفريعًا علىٰ قول من يجيز المزارعةَ[٤].

وقالا[٤]: القولُ قولُ المزارع؛ لأنَّه ينكر لزومَ العمل عليه، والقولُ للمنكر.

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٩٨، و«المبسوط» ٢٣/ ٣٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨١، و«الهداية» ٣/ ٢٧٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٥.

(٢) ينظر المراجع السابقة.

(٣) «المبسوط» ٢٣/ ٩٣-٩٤، و«الهداية» ٣/ ٨٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٨٥-١٨٦.

(٤) «الكتاب» ٢/ ٩٨، و«المبسوط» ٢٣/ ٦٢-٦٣، و«بدائع الصنائع» ٤/ ٢٨٥، و«الهداية» ٣/ ٢٧٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٥.

وله[١]: أنَّ الظاهرَ شاهدُ لربِّ الأرض، فإنه يدَّعي صحةَ العقدِ، فكان القولُ قولَه لما عرف من أصله أنهما إذا ٱختلفا كان القولُ قولَ (مدعي)[٢] الصحةَ.

ولو أقاما البينةَ، فالبينةُ بينةُ المزارعِ إجماعًا[٣]؛ لأنَّها تثبت الزيادة، ولو كان الٱختلافُ بعدَ العملِ، فالقولُ قولُ رب الأرض بالإجماع؛ لأنَّ المزارعَ يدَّعي النصفَ وزيادةً، وربُّ الأرض منكرٌ ولا إنكار من المزارع؛ لأنه بعد الفراغ من العمل لا يمكن أن يقال: هو منكر لزوم العمل عليه، وهٰذِه المسألة قد مرَّ مثلها في السَلَم.

إذا ٱختلفا في (المسلم فيه)[٤] فعندهما القول قول المنكرِ وإن كان فيه فسادُ العقد، وعنده القولُ قول مدعي الصحة[٣].

قال: (ولو شرط ربُّ الأرض والبذر منه الثلث للعامل، والثلث لعبد العامل المأذون المديون بغير عمل، فثلثه لربِّ الأرض، وقالا: للعامل).

إذا كان البذرُ من قبل ربِّ الأرض، فشرط لنفسه ثلث الخارج، وللعامل الثلث، ولعبد العامل وهو مأذون له مديون الثلث من غير ٱشتراط عمل عليه، فالثلث الذي يخصُّ العبد عند أبي حنيفة[٥] رَحِمَهُ ٱللَّهُ

---

(١) «الكتاب» ٢/ ٩٨، و«المبسوط» ٢٣/ ٦٢-٦٣، و«بدائع الصنائع» ٤/ ٢٨٥، و«الهداية» ٣/ ٢٧٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٣٥.

(٢) في (ب): (من يدعي).

(٣) «المبسوط» ٢٣/ ٩٣-٩٤، و«الهداية» ٣/ ٨٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٨٠-١٨١.

(٤) في (أ)، (ج): (الأجل).

(٥) «المبسوط» ٢٣/ ٦٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٩-٢٨٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٨٠-١٨١.

لربِّ الأرض؛ تفريعًا علىٰ قولٍ من يجيز المزارعة، وعندهما[1] هو للعامل، وهٰذا (الاختلاف)[2] ينشأ من الأصل الذي مهَّدنا في المأذون له أن المولىٰ لا يملك أكساب عبده المأذون له المستغرق بالدين عنده[3]، وعندهما[3] يملكها المولىٰ، فاشتراط الثلث للعبد ٱشتراط لمولاه عندهما، وعنده[3] ٱشتراطه له كاشتراطه للأجنبي بغير عمل، فلم يصح فيبقىٰ لربِّ الأرض؛ لأنهُ نماء البذر، وهو هٰهنا لرب الأرض.

قال: (ولو دفع إليهما أرضا ببذرهما، وسمىٰ لأحدهما ثلث الخارج، وللآخر خمسين درهما، فالفساد شائع، وقصراه على الثاني).

رجل دفع أرضه مزارعة إلىٰ رجلين والبذر منهما، علىٰ أن يكون لأحدهما ثلث الخارج وللآخر خمسون قفيزا من الخارج أو خمسون درهما.

قال أبو حنيفة[4] رحمه الله تفريعًا على القول بجواز المزارعة: إن الفسادَ شائعٌ في حقِّ الكلِّ.

وقالا[4]: يقتصر الفسادُ علىٰ من سمىٰ له خمسين قفيزا أو درهما، ويجوز في حقِّ من سمي له ثلث الخارج؛ لأن المزارعة علىٰ أن يكون

(١) «المبسوط» ٢٣/ ٦٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٩-٢٨٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٨٠-١٨١.

(٢) في (ب): (الخلاف).

(٣) «المبسوط» ٢٣/ ٢٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٩-٢٨٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٧٤-١٧٥.

(٤) «المبسوط» ٢٣/ ١١٠-١١١، و«المنظومة» لوحة (٣٨)، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٧٥.

لأحدهما دراهمُ مسماة أو قفزان مسماة فاسدة بالإجماع[١]، والصفقة متحدة عنده فيفسد الكل بفساد البعض، وعندهما الصفقة متعددة، فلا يلزم من فساد إحدى الصفقتين /١٧ب/ فساد الأخرىٰ، وقد مرَّ مثل هٰذا في البيوع[١].

قال: (ولو غصبها فزرعها فالخارج له والعشر والخراج عليه، وإن نقصت فضمن، فالخراج والعشر على المالك مطلقا، وقالا: العشر على الغاصب بكل حالٍ، وأمَّا الخراج فعلى المالك إن كان الضمان أكثر، وعلى الغاصب من دون ضمان إن كان أقل).

رجلٌ غصب أرضًا فزرعها، لا تخلو إمَّا إن كانت عشرية أو خراجية، وعلى التقديرين فإما إن نقصتها الزراعة أو لم تنقصها.

فقال أبو حنيفة[١] رحمه الله: إن لم تنقصها الزراعة فالخارج للغاصب، والعشر والخراج عليه، وإن نقصتها الزراعة ضمن الغاصب النقصان، فالخارج والعشر علىٰ ربِّ الأرض مطلقا قلَّ ضمانه أو كثر، بمنزلة الأجرة القائمة مقام نماء الأرض، وقالا[٢]: العشر على الغاصب بكل حالٍ؛ لأن العشر في الخارج والخارج له، والخراج علىٰ رب الأرض، إن كان الضمان مثل الخراج أو أكثر، وإن كان الضمان أقل فالخراج على الغاصب، وليس عليه ضمانُ النقصان، بخلاف ما لو أجَّرها بأجرة

---

(١) «المبسوط» ٢٣/ ١١٠-١١١، و«المنظومة» لوحة (٣٨)، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٧٥.

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ٣٣-٣٤، و«المنظومة» لوحة (٣٩)، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٧٥-١٧٦.

أقل من الخراج، حيثُ يجب الخراجُ علىٰ ربِّ الأرض إجماعًا[١]؛ لأنه متمكن من الأنتفاع والاستنماء، أما هٰهنا فهو غير متمكن لمكان الغصب، فانتفىٰ سبب وجوب الخراج عن ربِّ الأرض، وهو ملك الأرض النامية في حقه، أمَّا إذا كان الضمان أكثر من الخراج، فقد وجد سببُ وجوبِ الخراج وهو ملكُ الأرض النامية، أما رقبةُ الأرض فظاهرٌ، وأما وصفُ النماء؛ لأن ما يفاضل به الضمانُ الخراج بمنزلة نماء الأرض، وأما إذا كان الضمان مثلَ الخراج فقد آختلف المشايخُ فيه علىٰ قولهما[١].

قال: (ولو تزوج علىٰ أن تزرع هي أرضَه بالنصف ببذرها صحَّ، وفسدت فيجعل مهرها نصفَ أجر مثل الأرض وربعَه إن طلقها قبل الدخول، وأوجب مهرَ المثل لا يزاد علىٰ أجر مثل الأرض، والمتعة في الطلاق قبله).

رجلٌ تزوج آمرأةً علىٰ أن تزرع أرضه ببذرها، ونصف الخارج سنةً فسدت المزارعة وصح النكاح؛ لأنها مزارعةٌ شُرِط فيها نكاح أو نكاح شرط فيه مزارعة، والمزارعةُ تبطل بالشروط الفاسدة دون النكاح، وإذا صحَّ النكاحُ فالواجبُ عند أبي يوسف لها مهرًا (نصفُ أجرِ مثل الأرض)[٢] إن دخل بها أو مات عنها، وربعُ أجر مثل الأرض إن طلقها

---

(١) «المبسوط» ٢٣/ ٣٣-٣٤، و«المنظومة» لوحة (٣٩)، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٧٥-١٧٦.

(٢) في (ج): (مهر نصف).

قبل الدخول، وقد نبه في الكتابِ[١] بقيد الطلاق قبلَ الدخولِ[٢] في إيجاب الربع على الدخول في إيجاب النصف ٱختصارا.

ووجه ذلك: أنَّ الخارجَ كله لها؛ لكونه نماء بذرها، وعليها له أجرُ مثل أرضه بالإجماع[٢]، ثم لها عليه نصفُ أجر مثل الأرض مهرًا، فيتقاصان به، ويدفع (إليه)[٣] نصفُ الأجر الآخر، وهٰذا لأنه جعل منافعَ أرضه مقابلًا لمنافع بضعها، وهو معلومٌ وبنصف الخارج وهو مجهولٌ جهالة فاحشة، فينقسم على المعلوم والمجهول نصفين، كما لو قال: وقفت هٰذِه الدارَ علىٰ فلان، ومن يولد لزيد من الأولاد وبعدهم على الفقراء؛ يكون لفلان المعلوم نصفها، فإذا صار نصف منافعِ الأرض مقابلا بالبضع كان هو المهر لا غيره، وهٰذا إن دخل بها أو مات عنها، فإن طلقها قبل الدخول كان لها ربعُ أجرِ مثل الأرض للتنصيف بالطلاق قبل الدخول، وقد صار الربع مسلما إليها بالمقاصَّة كما قلنا، وله عليها ثلاثة أرباع الأجرة، وقال محمد[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها عليه مهرُ مثلها إن دخل بها أو مات عنها، والمتعةُ إن طلقها قبل الدخول.

ووجهُه: أنه قابل بمنافع (أرضه منافع)[٥] بضعِها ونصف الخارج، ونصفُ الخارج مجهولٌ، فصار المسمىٰ مجهولًا فلم تصح التسميةُ،

---

(١) المراد بالكتاب هنا كتاب «مجمع البحرين».

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ١٤٤-١٤٥، و«المنظومة» لوحة (٩٧)، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٢١

(٣) في (ب): (عليه).

(٤) «المبسوط» ٢٣/ ١٤٤-١٤٥، و«المنظومة» لوحة (٩٧)، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٢١-١٨٢٢.

(٥) طمس في الأصل والمثبت من (ب) و(ج).

فيصار إلىٰ مهر المثل، لكن لا يزاد علىٰ أجرِ مثل الأرض؛ لأنها رضيتْ بأن تكونَ بعضُ منافع الأرض مهرًا لها، فأولىٰ أن ترضىٰ بالكلِّ، فإن كان مهرُ المثل مساويًا للأجرة أو أكثر وقعت المقاصَّة، وإن كان مهرُ مثلها أقل فعليها أن تدفع إليه بمقدار النقصان ويسلم لها الخارج كله[(١)].

قال: (ولو كان هو العامل في أرضها ببذرها يجعل مهَرَها نصفَ أجر مثل عمله، لا مهر المثل، أو علىٰ أن تزرع هي في أرضه ببذره، أو هو أرضها ببذره وجب مهرُ المثل).

إذا تزوجها علىٰ أن يكون هو العاملُ في كرومها ونخيلها أو في زرع أرضها ببذرها فعند أبي يوسف[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ الحاصلُ كله لها؛ لأنه نماء ملكها، وقد استحق هو عليها أجرُ مثل عمله، وهي تستحقُّ عليه نصفَ أجر مثله مهرًا إن دخل بها، وربعه إن طلقها قبل الدخول؛ لأنه جعل منافعَ بدنهِ مقابلا بمنافع بضعها، ونصف الخارج إلىٰ آخر ما مرَّ.

وقال محمد[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ: لها مهرُ مثلها لما مرَّ من تقرير بطلان التسمية بالجهالة، لكن لا يزاد علىٰ مثل أجر الزوج، وللزوج عليها أجرُ مثله فيتقاصان إن تساويا، وألا يزاد الفضل علىٰ ما مرَّ، ولو تزوجها علىٰ أن تزرعَ هي في أرضه ببذره أو يزرع هو في أرضها ببذر نفسه، فمهر المثل هو الواجبُ بالإجماع، والفرق لأبي يوسف[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ أن المزارعة إذا

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) «المبسوط» ٢٣/ ٩٣-٩٤، و«المنظومة» لوحة (٩٧)، و«الجامع الصغير» ص١٨٣-١٨٤، و«بدائع الصنائع» ٢/ ٤٣٨-٤٣٩، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٢٢.

فسدت كان الخارجُ كله لصاحب البذر، وهو في هاتين الصورتين للزوج؛ لأنه نماء ملكه فكان بعض الحاصل مقابلا لمنافع بضعها، وهو مجهول جهالة فاحشة، فبطلت التسمية فوجب مهرُ المثل، وفي الأول فالمقابلُ /١١٨أ/ بمنافع بضعها نصفُ منافع أرضه أو بدنه، فإنه معلومٌ فافترقا[1].

والله أعلم.

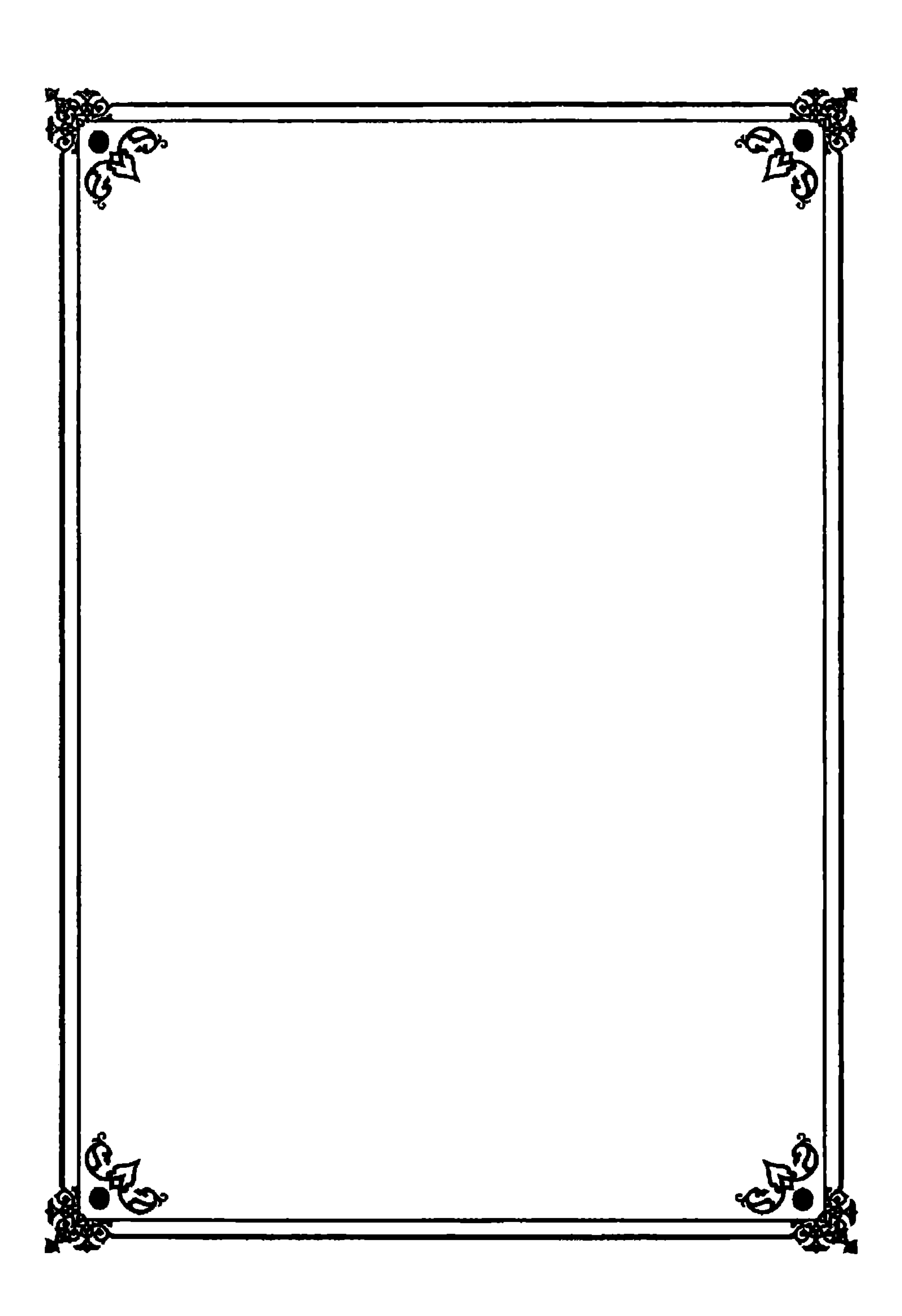
❊❊❊

(١) «المبسوط» ٢٣/ ١٤٦، و«المنظومة» لوحة (٩٧)، و«الجامع الصغير» ص١٨٣-١٨٤، و«بدائع الصنائع» ٢/ ٤٣٨-٤٣٩، و«مختلف الرواية» ٤/ ١٨٢٢.



٣١

كتاب المساقاة



كتاب المساقاة[١]

قال: (وهي بجزءٍ من الثمرة باطلة، وقالا: جائزةٌ إذا ذكر مدةً معلومةً، وجزءًا من الثمرة مشاعًا).

المساقاةُ: هي المعاملةُ، من السقي والعملِ، وهي: أن يقوم بما يحتاجُ إليه الشجرُ من تلقيحٍ[٢]، وتنظيف السواقي، وسَقْيٍ وحراسةٍ وغيرِ ذلك، والكلامُ فيها كالكلامِ في المزارعةِ. وقولهما في المدة قياسٌ؛ لأنَّه إجارةٌ معنىٰ فتشترطُ المدةُ كما في المزارعةِ.

وفي الاستحسانِ تجوزُ المساقاةُ وإن لم تذكر المدةُ، وتقعُ علىٰ أول ثمرةٍ تخرجُ، وهٰذا لأنَّ العقدَ يقعُ على العملِ في الثمرةِ، ولكل ثمرةٍ وقتٌ معلومٌ تبتدئ فيه وتنتهي، فالثمرةُ الأولىٰ متيقن دخولُها في العقدِ فجاز، وما بعد ذلك غير متيقنٍ، فلم يصح العقدُ فيه بخلافِ الزَّرعِ، فإنه يختلفُ ابتداءً وانتهاءً ربيعًا وخريفًا وغير ذلك، فتدخله الجهالةُ، وبخلافِ ما إذا دفعَ إليه غرسًا قد علق ولم يبلغ الثمرُ معاملة حيث لا يجوزُ إلَّا ببيانِ المدةِ؛ لظهورِ التفاوتِ في ذلك بضعف الأرض وقوتِها، وبخلاف ما لو دفعَ نخلًا أو أصولٍ رطبة علىٰ أن يقومَ عليها، وأطلقَ في الرطبة حيث تفسدُ المعاملة؛ لعدم العلمِ بوقت انتهائها

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر.
المساقاة لغةً: أن يستعمل رجلٌ رجلًا في نخيل وكروم ليقوم بإصلاحها، علىٰ أن يكون له سهم معلوم مما تغلُّهُ.
«مختار الصحاح» ص٢٨٠، و«المعجم الوسيط» ١/ ٤٣٧ مادة (سقىٰ).

(٢) تلقيح: أي ألقحت النخل إلقاحًا بمعنىٰ أبرت ولقحت بالتشديد واللقاح بالفتح اسم ما يلقح به النخل. «مختار الصحاح» ص٥٣٥، و«المصباح المنير» ص٣٣٠. (لقح).

ولو سمَّيا مدةً قد يبلغ الثمر فيها، وقد لا يبلغ جازتِ المعاملةُ؛ لأنَّا لا نتيقنُ بفواتِ المقصودِ، فإن خرجَ في الوقتِ المسمىٰ فهو على الشركةِ وصح العقدُ، وإن تأخَّر فللعاملِ أجرُ المثلِ بفساد العقد حيث تبيَّن الخطأُ في تسمية المدة، فصار كما لو علمَ ذلك ابتداءً، وأما شيوعُ الجزء المسمىٰ من الثمرة فهو علىٰ ما بيناه في المزارعة[1].

قال: (ويجوز في الشجرِ والرطابِ، وأصولِ الباذنجانِ، ولا نقصرها على النخلِ والكرمِ).

عندنا[2] تجوز المساقاةُ في النخلِ والكرمِ والشجرِ والرطابِ وأصولِ الباذنجانِ، وعنده[3] في القول الجديد: لا تجوز إلَّا في الكرم والنخل؛ لأنَّ جوازَ المساقاة بالأثر، وهو حديث خيبر وهو مخصوصٌ (فلا يتعدىٰ)[4].

ولنا[2]: ما روي أنه ﷺ ساقىٰ أهلَ خيبر علىٰ ما فيها من زرعٍ وشجرٍ فَعَمَّ؛ ولأنَّ الجوازَ معلل بالحاجة وهي عامةٌ؛ ولأنه أصل له ثمر فجازت المساقاة عليه، أصله النخل والكرم علىٰ أنَّ الأصلَ في النصوص أن تكون (معلولة)[5] خصوصًا علىٰ مذهبه.

وذكر صاحبُ «المنظومة»[6]: هاهنا مسألتين في باب مالك ولم أر إثباتهما في «المختصر»[7] إحداهما: أن جميعَ المؤن على العامل عند

(١) «الكتاب» ٢/ ٢٣٣-٢٣٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٩-٢٩٠، و«الهداية» ٤/ ٣٨٩.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢٣٤، و«الهداية» ٤/ ٣٩٠، و«البحر الرائق» ٨/ ١٨٧.

(٣) «الأم» ٤/ ١١، و«التنبيه» ص١٢١، و«الوجيز» ١/ ٢٢٦-٢٢٧، و«مختصر التبريزي» ٢٦٢-٢٦٣.

(٤) في (ب): (فلم يتعد).

(٥) في (ب): (معلومة).

(٦) «المنظومة» لوحة (١٤٤).

(٧) يقصد «مختصر القدوري».

مالك[١] رحمه الله شرط لصحةِ المساقاةِ، وعندنا[٢] عليه العملُ وما هو من ضرورات العمل، وأما مؤنةُ الملك فعلىٰ مالك الأرض، ومذهبه: أنَّ المؤنةَ التابعةَ للعمل مما لا تبقىٰ بعد ٱنصرافه كالسقي والجذاذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان، وما يتعلق بمصلحةِ الثمرِ مما لا يبقىٰ بعد ٱنصراف العاملِ، وأما ما عدا ذلك مما يبقىٰ بعد ٱنصرافهِ فلا يلزمه، ولا يجوز ٱشتراطُه عليه: كحفرِ بئر ٱبتداءً وإنشاء غرسٍ أو بناءِ بيتٍ يجبي فيه الثمر، وما أشبه ذلك، ذكره صاحبُ «المعونة»[٣][٤]، وهو معنىٰ قول أصحابنا: إنَّ مؤنةَ الملك لا تلزمه، ويلزمه ما هو من ضروراتِ العملِ، فلم يكن في المسألة خلاف؛ لأنَّ مالكًا لا يقول بأن مؤنَة الملك على العامل، وقد علل كذلك في «المعونة»[٥]، فقال في الأول: إن الجزاء إنما يستحقه العاملُ بعمله الذي يصلح به الثمرةُ، فلا يجوز أن يكونَ بعضُه علىٰ ربِّ الحائط؛ لأنَّ ذلك زيادة يزدادها العاملُ؛ ولأن

(١) «المدونة الكبرىٰ» ٤/ ٣-٤، و«التفريع» ٢/ ٢٠١، و«المعونة» ٢/ ١١٣٢، و«بداية المجتهد» ٢/ ٤٤١-٤٤٢، و«الكافي» ص٣٨١-٣٨٢.

(٢) «الكتاب» ٢/ ٢٣٣-٢٣٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٩-٢٩٠، و«الهداية» ٤/ ٣٨٩، و«الاختيار» ٣/ ٩٨.

(٣) هو الإمام العلَّامة، شيخ المالكية القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد بن حسين بن هارون بن أمير العرب مالك بن طوق التغلبي العراقي، الفقيه المالكي، من أولاد صاحب الرحبة. ولي قضاء بادرايه وباكسايا.
صنَّف: «التلقين» وهو من أجود المختصرات وله كتاب «المعونة»، و«المعرفة في شرح الرسالة» لابن أبي زيد القيرواني وغير ذلك. ولد سنة ٣٦٢هـ بالعراق، ومات بمصر سنة (٤٢٢) هـ.
«تاريخ بغداد» ١١/ ٣١، ٣٢ (٥٧٠٣)، و«طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ١٧٠، ١٧١، و«الكامل في التاريخ» ٩/ ٤٢٢.

(٤) «المعونة» ٢/ ١١٣٣.

(٥) «المعونة» ٢/ ١١٣٣.

النبي ﷺ حين ساقىٰ أهلَ خيبر أنفقوا من أموالهم، وأما (الباقي)[١] وهو مؤنةٌ تبقي في الملك، فقال: لا يجوز؛ لأنها (زيادة مشروطة)[٢] على العاملِ ينفرد بها ربُّ المال وذلك غيرُ جائزٍ؛ لأنه يُخْرِج المساقاةَ عن بابها ويلحقها بالإجارةِ المجهولةِ، والمساقاةُ: عقدٌ خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلَّا قدر ما أجازه الشرع[٣].

وأما المسألة الثانية: أنه لا يجوز دفعُ الأرض مزارعةً إلَّا تبعًا للنخل والكرم. وهٰذا مذهب الشافعي[٤]، وقد أثبته في المزارعة فتركت الخلافَ فيها هاهنا.

قال: (وإذا دفع إليه نخلًا مثمرًا يزيد بالعملِ جاز).

رجل دفعَ إلىٰ آخر نخلًا فيه ثمرة مساقاة، فإمَّا أن يكون الثمر يزيد بالعمل أو قد تناهت، فإن كانت مما تزيدُ بالعمل جاز دفعُها مساقاةً وإلا فلا، والعلةُ فيه أنَّ العامل إنما يستحق بالعمل، فإذا زادت بعمله فقد ظهر أثرُ العمل، وإن تناهت لم يبق لعمله أثر، فلو جوَّزناه لكان ٱستحقاقًا بغير عمل ولم يرد به الشرعُ، وعلىٰ هٰذا إذا دفع الزرعَ وهو بقل جاز، وإن كان قد ٱستحصد لم يجز[٥].

قال: (وإذا فسدت كان للعامل أجرُ مثله).

---

(١) في (ب): الثاني. (٢) طمس في الأصل، والمثبت من (ب) و(ج).

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٣٣-٢٣٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٩-٢٩٠، و«الهداية» ٤/ ٣٨٩، و«الاختيار» ٣/ ٩٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ١٩٩-٢٠٠.

(٤) «الأم» ٤/ ١١، و«الوجيز» ١/ ٢٢٧، و«التنبيه» ص١٢٢، و«مختصر التبريزي» ص٢٦٤، و«روضة الطالبين» ٤/ ٢٤٥.

(٥) «الكتاب» ٢/ ٢٣٤، و«المبسوط» ٢٣/ ١٠٢-١٠٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٩-٢٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٢٠٠.

لأنها في معنى الإجارةِ الفاسدةِ والمزارعةِ الفاسدةِ[١].

قال: (وتبطل بالموت).

لكونها في معنى الإجارة وقد تقدَّم ذكرهُ لك في المزارعةِ والإجارةِ، فإن مات ربُّ الأرض والخارج بُسر[٢]، فللعاملِ أن يقومَ عليه كما كان إلىٰ أن يبلغَ وإن كره الورثةُ ذلك؛ لأنه لا يضرهم بقاؤه ويضره ذلك بعد الشروع فيه، وإن ماتَ العامل فلورثته القيامُ عليه حتىٰ يدرك، وإن كره ربُّ الأرض؛ لأن في ذلك نظرًا من الجانبين[٣].

قال: (وتفسخ بالأعذار).

وهٰذا كما في الإجارةِ ومن جملة /١٨ب/ الأعذار هاهنا: أن يكونَ العاملُ غير مأمونٍ يسرق الثمرَ قبل إدراكها، ويسرق السعفَ[٤] وغير ذلك، فيتعدىٰ ضررُ ذلك إلىٰ ربِّ الأرض وهو لم يلتزمه، فيندفع عنه بأن يُعدَّ عذرًا، وكذلك لو كان العاملُ مريضًا يضعفه عن العمل بنفسه؛ لأنه يحتاجُ إلى ٱستئجار الأجراء، وفي ذلك زيادة ضررٍ لم يلتزمه فيجعل عذرًا (والله أعلم)[٥][٦].

---

(١) السابق.

(٢) بسر: البسر أوله طلع ثم خَلَال ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر الواحدة بُسْرَة وبُسُرة والجمع بُسْرات وأبسر النخل صار ما عليه بُسْرًا. «الصحاح» ٩٠ مادة بسر.

(٣) «الكتاب» ٢/ ٢٣٤، و«المبسوط» ٢٣/ ٥٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٨٨.

(٤) السعف: جمع سعفة غصن النخل ما دامت بالخوص فإن زال الخوص عنها قيل: جريد. «المصباح المنير» ص١٦٧، و«مختار الصحاح» ص٢٧٥ مادة (سعف).

(٥) من (ب).

(٦) «الكتاب» ٢/ ٢٣٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٩٣، و«الهداية» ٤/ ٣٩١-٣٩٢.

فهرس الموضوعات والأبواب للمجلد السادس

* * *